

Tilburg University

Insolventieprocedures en grondrechten

van Apeldoorn, J.C.

Publication date:
2009

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
van Apeldoorn, J. C. (2009). *Insolventieprocedures en grondrechten*. [, Tilburg University]. Boom Juridische Uitgevers.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Insolventieprocedures en grondrechten



INSOLVENTIEPROCEDURES EN GRONDRECHTEN

**PROEFSCHRIFT
TER VERKRIJGING VAN DE GRAAD VAN DOCTOR AAN DE
UNIVERSITEIT VAN TILBURG, OP GEZAG VAN DE RECTOR
MAGNIFICUS
PROF. DR. Ph. EIJLANDER,**

in het openbaar te verdedigen ten overstaan van een door het college
voor promoties aangewezen commissie in de aula van de Universiteit
op woensdag
2 december 2009 om 10.15 uur

door

Jan Cornelis van Apeldoorn

Promotoren: Prof. mr. R.D. Vriesendorp
Prof. mr. W.J.M. van Genugten

Commissie: Prof. dr. P.H.J. Essers
Prof. mr. R.A. Lawson
Prof. mr. T.A. de Roos
Prof. mr. B. Wessels

© 2009 Jan van Apeldoorn/Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-8974-217-9
NUR 827

www.bju.nl

Ten geleide

Het onderhavige onderzoek naar de invloed van grondrechten op insolventieprocedures tracht een lacune weg te nemen. Beide terreinen kennen elk een uitvoerige onderzoekstraditie, maar deze is omgekeerd evenredig aan die met betrekking tot de onderlinge beïnvloeding. Toegespitst op enkele kernbepalingen van het EVRM is gebleken dat insolventieprocedures in Nederland (faillissement, surseance van betaling en schuldsaneringsregeling natuurlijke personen) meer geraakt worden door de grondrechten dan justitiabelen en beoefenaren van het recht tot nog toe aannemen. In een helder en goed gedocumenteerd betoog analyseert de auteur aan de hand van nationale en Europese rechtspraak en regelgeving de verschillende grondrechten en de betekenis daarvan voor de insolventieprocedures. Deze studie is echter niet alleen descriptief van aard, maar bevat tevens aanzetten tot normstelling, waarbij de auteur met kennis van zaken gebaseerd op zijn praktijkervaring als advocaat en curator de lezer belangwekkende voorstellen voorlegt.

Uitgave van het onderzoek in de reeks van het Tilburg Institute for Interdisciplinary Studies of Civil Law and Conflict Resolution Systems (TISCO) past in de lijn van het nieuwe onderzoekprogramma “Justice needs in Civil Law” dat in 2009 van start is gegaan. Een van de speerpunten van dit programma ziet op de behoeften van justitiabelen in de context van insolventies en de onderlinge verwevenheid en beïnvloeding van de verschillende betrokkenheid (‘interdependency’) en de vraag hoe het insolventierecht beter kan aansluiten bij maatschappelijke ontwikkelingen en realiteiten. Een van deze realiteiten betreft de plaats van de grondrechten in het insolventierecht. Met zijn studie heeft Jan van Apeldoorn een eerste belangrijke aanzet geleverd om de verwevenheid en beïnvloeding te duiden. Deze studie kan nu als grondslag dienen voor verder onderzoek op dit terrein.

Prof. mr. R.D. Vriesendorp
Tilburg, december 2009

Inhoudsopgave

Ten geleide	V
Inhoudsopgave	VII
Lijst van gebruikte afkortingen	XI

HOOFDSTUK 1

1 Insolventieprocedures en grondrechten	1
1.1 Inleiding	1
1.2 Indeling van dit hoofdstuk	3
1.3 De insolventieprocedures	3
1.4 Grondrechten en mensenrechten	8
1.5 Vraagstelling	10
1.6 Methode van onderzoek	10
1.7 Plan van behandeling	11
1.8 Indeling van het onderzoek	14
1.9 Verklaring van enkele begrippen	15
1.10 Leeswijzer	20

HOOFDSTUK 2

2 Artikel 8 EVRM: het respect voor het privéleven	21
2.1 Inleiding	21
2.2 Indeling van dit hoofdstuk	22
2.3 Eerbiediging van het privé-leven	22
2.3.1 Wat omvat het privé-leven?	23
2.3.2 De communicatieve of informatieve privacybescherming	23
2.4 Respect voor het gezinsleven	37
2.5 Respect voor de woning	38
2.5.1 Samenloop privé-leven, gezinsleven en woonhuis	42
2.6 Eerbiediging van de correspondentie	43
2.6.1 Postblokkade gedurende het Faillissement	44
2.6.2 Welke correspondentie wordt aan de curator verstrekt?	45
2.6.3 Duur en opheffing van de postblokkade	47
2.6.4 Wanneer is postblokkade niet geoorloofd	48
2.6.5 Postblokkade in het Voorontwerp	49
2.6.6 Voor faillissement ontvangen correspondentie	51
2.6.7 Voorstel tot wijziging	52
2.7 Beperkingen van Artikel 8 lid 2 EVRM	52
2.8 Eerste voorwaarde: legaliteittoets	53
2.9 Tweede voorwaarde: legitimiteittoets	55
2.10 Derde voorwaarde: noodzakelijkheidtoets	56
2.11 Conclusies	56

HOOFDSTUK 3

3	Artikel 6 EVRM: het recht op een eerlijk proces	59
3.1	Inleiding	60
3.2	Indeling van dit hoofdstuk	60
3.3	Het recht op toegang tot de rechter	61
3.3.1	Het recht op toegang gedurende het faillissement	64
3.3.2	Toegang tot de rechter-commissaris	75
3.3.3	Het Anca-arrest	83
3.4	Het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen	84
3.4.1	Artikel 6 EVRM en het faillissement	87
3.4.2	De opening van de procedure op verzoek van de schuldenaar	88
3.4.3	De opening van de procedure op verzoek van de schuldeiser	90
3.4.4	Proceswaarborgen	91
3.5	Het bepalen van de gegrondheid van een strafvervolg	94
3.5.1	De Fiscale boete of bestuurlijke boete en het faillissement	95
3.6	Het recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak	99
3.6.1	Recht om te worden gehoord (hoor en wederhoor)	100
3.6.2	Gelijkheid der wapenen (equality of arms)	115
3.6.3	Motiveringsplicht	116
3.7	Het recht op een openbare behandeling	121
3.8	Het recht op afwikkeling binnen een redelijk termijn	124
3.8.1	Wat is een redelijke termijn?	127
3.8.2	De criteria	129
3.8.3	Redelijke termijn in faillissement	131
3.9	Het recht op een onafhankelijke en onpartijdige rechter	133
3.9.1	Gerecht/Tribunal	134
3.9.2	Is de rechter-commissaris onafhankelijk (onpartijdig)?	136
3.10	Het recht dat de uitspraak in het openbaar wordt gewezen	139
3.11	Conclusies	142

HOOFDSTUK 4

4	Artikel 5 EVRM en artikel 2 Vierde Protocol EVRM: het recht op vrijheid en veiligheid	145
4.1	Inleiding	146
4.2	Indeling van dit hoofdstuk	147
4.3	Het onderscheid tussen vrijheidsontneming en vrijheidsbeperking	147
4.4	De relatie tussen burgerlijk recht, strafrecht en insolventierecht	150
4.5	Rechtspersonen en de positie van de bestuurder	151
4.6	De echtgenoot van de schuldenaar	152
4.7	Wanneer is vrijheidsontneming geoorloofd	153
4.8	De procedurele regeling voor vrijheidsontneming	155
4.9	De verhouding tussen artikel 5 lid 5 en artikel 6 lid 2 EVRM	159
4.10	Vrijheidsontneming gedurende de insolventieprocedure	160
4.11	Vrijheidsbeperking gedurende de insolventieprocedure	167
4.12	Conclusies	171

HOOFDSTUK 5

5 Bestuurdersaansprakelijkheid en bestrijding van insolventiefraude 173

5.1	Inleiding	173
5.2	Indeling van dit hoofdstuk	177
5.3	Strafrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid	177
5.3.1	Addendum voorstel strafbepalingen	181
5.3.2	Wie kan de strafrechtelijke aansprakelijkheid betreffen?	181
5.3.3	Derden	182
5.3.4	Belang bij strafrechtelijke procedure	183
5.4	Civielrechtelijk bestuurdersaansprakelijkheid	185
5.4.1	De WBF (derde misbruikwet)	186
5.5	Bestuursrechtelijk bestuurdersaansprakelijkheid	187
5.5.1	De Wet Keten aansprakelijkheid	187
5.5.2	De WBA (tweede misbruikwet)	189
5.5.3	Mededeling betalingsonmacht	189
5.5.4	Omkering van de bewijslast	190
5.5.5	Kennelijk onbehoorlijk bestuur	191
5.5.6	Samenloop van vorderingen	192
5.5.7	Redelijke termijn	193
5.5.8	Redelijke termijn en bestuurdersaansprakelijkheid	197
5.6	Civielrechtelijk onderzoek naar bestuurdersaansprakelijkheid	198
5.6.1	Het horen van getuigen en deskundigen (artikel 66 Fw)	201
5.6.2	Het OK-onderzoek	204
5.6.3	Verschillen en overeenkomsten tussen beide onderzoeken	205
5.6.4	De rol van artikel 6 EVRM bij beide onderzoeken	207
5.7	Strafrechtelijk onderzoek	211
5.7.1	De bewindvoerder als opsporingsfunctionaris?	211
5.7.2	Controle	217
5.7.3	Sfeerovergang	218
5.7.4	De cautie	219
5.8	Conclusies	220

HOOFDSTUK 6

6 Artikel 1 Eerste Protocol EVRM: bescherming van eigendom 223

6.1	Inleiding	223
6.2	Indeling van dit hoofdstuk	227
6.3	Verhaal, voorrang en voorrecht	227
6.4	Het voorrecht van de belastingdienst	229
6.4.1	Bodemrecht, bestuurlijke boete en artikel 6 EVRM	230
6.4.2	Bodemvoorrecht en artikel 8 EVRM	231
6.4.3	Bodemvoorrecht en artikel 1 EP EVRM	232
6.4.4	Bodemvoorrecht handhaven?	235
6.4.5	Horizonbepaling (artikel 70 IW)	236
6.4.6	Uitwinning van bodembeslag	237
6.4.7	Afkoelingsperiode en bodembeslag	237

Inhoudsopgave

6.5	Gebruik, verbruik en vervreemding	238
6.5.1	De afkoelingsperiode	238
6.5.2	Tegeldemaking bij voortzetting van de onderneming	240
6.6	De omvang van de boedel	240
6.7	Artikel 1 EP EVRM en de WSNP	243
6.8	Artikel 1 EP en de positie van de aandeelhouder	245
6.8.1	De Poot/ABP-doctrine	245
6.8.2	De ‘corporate veil’	248
6.8.3	Het concurrentierisico	249
6.8.4	Uitzonderingen op het concurrentierisico	250
6.9	Vordering tot herstel van de boedel	258
6.10	Conclusie	267

HOOFDSTUK 7

7	De positie van de belanghebbenden nader beschouwd	271
7.1	Inleiding	271
7.2	Indeling van dit hoofdstuk	271
7.3	De schuldenaar	272
7.4	De schuldeisers en derden	276
7.5	De rechter-commissaris	279
7.6	De curator/bewindvoerder	280
7.6.1	Op welke wijze is de curator aan het EVRM gebonden?	282
7.6.2	De curator als ‘openbaar gezag’	285
7.6.3	Het klachtrecht	287
7.6.4	Klacht tegen de staat bij de gewone rechter	289
7.6.5	Vervult de curator een staatstaak?	290
7.7	Billijke genoegdoening	297
7.8	Tot besluit	297
	Samenvatting	299
	Summary	305
	Literatuuroverzicht	311
	Jurisprudentieregister	319

Lijst van gebruikte afkortingen

A.	Publications of the European Court of Human Rights, series A
A-G	Advocaat-Generaal
AAe	Ars Aequi
Aant.	Aantekening
AB	Administratiefrechtelijke beslissingen
Adv.bl.	Advocatenblad
AFM	Autoriteit Financiële Markten
AMvB	Algemene maatregel van bestuur
art.	artikel
ATV	Aanmelding-, Transactie- en Vervolgingsrichtlijn
Awb	Algemene wet bestuursrecht
Awbi	Algemene wet op het binnentreden
AWR	Algemene Wet inzake Rijksbelastingen
BBBB	Besluit Bestuurlijke Boete Belastingdienst
BNB	Beslissingen in belastingzaken-Nederlandse belastingrechtspraak
Bb	Bedrijfsjuridische Berichten
BV	Besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
BW	Burgerlijk Wetboek
Diss.	Dissertatie
CC	Code de Commerce
CSV	Coördinatiewet Sociale Verzekering
CTW	Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten
CRvB	Centrale Raad van Beroep
DD	Delikt en Delinkwent
D&R	Decisions & Reports of the European Commission of Human Rights
EP	Eerste Protocol
EU	Europese Unie
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele Vrijheden
EHRM	Europees Hof voor de rechten van de mens
ECRM	Europese Commissie voor de rechten van de mens
Fw	Faillissementswet
Gw	Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten
IVESC	Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten
IVO	Europese Insolventie Verordening
IW	Invorderingswet 1990
ICJ	International Court of Justice
Insolad	Vereniging van insolventierecht advocaten
InsO	Insolvenzordnung
JA	Jurisprudentie Aansprakelijkheid
JB	Jurisprudentie Bestuursrecht

Lijst van gebruikte afkortingen

JIF&Z	Journaal Insolventie, Financiering & Zekerheden
Jo.	Juncto
JOR	Jurisprudentie Ondernemingsrecht
Jur.	Jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap
KB	Koninklijk Besluit
KG	Kort Geding
Ktg.	Kantongerecht
LB	Wet op de Loonbelasting 1964
Leidraad Inv.	Leidraad Invorderingswet 1990
Lisv	Landelijk Instituut Sociale Verzekering
Losbl.	Losbladige uitgave
LUF	Luxemburgse Franc
MDW	Marktwerking, Deregulering, Wetgevingskwaliteit
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
n.a.w.	naam, adres, woonplaats
Ned. Stcrt.	Nederlandse Staatscourant
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJCM	(Bulletin van het) Nederlands Juristen Comité voor de mensenrechten
NJF	Nederlandse Jurisprudentie Feitenrechtspraak
NJB	Nederlands Juristenblad
NJV	Nederlandse Juristen Vereniging
no.	numéro
NovA	Nederlandse Orde van Advocaten
nr(s).	nummer(s)
m.nt.	met noot (annotatie; aantekening) van
NVB	Nederlandse Vereniging van Banken
NvVR	Nederlandse Vereniging Voor Rechtspraak
NvW	Nota van Wijzigingen
WED	Wet economische delicten
Stb.	Staatsblad
T&C Fw	Tekst en Commentaar Faillissementswet
T&C Rv	Tekst en Commentaar Rechtsvordering
OK	Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam
OM	Openbaar Ministerie
p.	pagina
PbEG	Publicatieblad van de Europese Gemeenschap
par.	Paragraaf
r-c	rechter-commissaris
Rawb	Rechtspraak Algemene Wet Bestuursrecht
Rb	rechtbank
Recofa	werkgroep rechters-commissaris in faillissement
Red.	redactie
RM Themis	Rechtsgeleerd Tijdschrift Themis
RO	Wet op de Rechterlijke Organisatie

Lijst van gebruikte afkortingen

Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
Rov	Rechtsoverweging
RvdW	Rechtspraak van de Week
Sr	Wetboek van Strafrecht
RSV	Rechtspraak Sociaal Verzekeringsrecht
Res.	Resolutie
STE	Stichting Toezicht Effectenverkeer
Sr	Wetboek van Strafrecht
Sv	Wetboek van Strafvordering
Trb.	Traktatenblad
TFB	Tijdschrift voor Formeel Belastingrecht
TvI	Tijdschrift voor Insolventierecht
TVVS	Tijdschrift voor Verenigingen, Vennootschappen en Stichtingen
UVRM	Universele verklaring voor de rechten van de mens
UVW	Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen
Vgl.	vergelijk
V-N	Vakstudie Nieuws
W	Weekblad van het Recht
WAO	Wet Arbeidsongeschiktheid
WARB	Wet administratieve rechtspraak belastingzaken
WBA	Wet Bestuurders Aansprakelijkheid
WBF	Wet Bestuurders Aansprakelijkheid in Faillissement
Wbp	Wet Bescherming Persoonsgegevens
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
Wfsv	Wet financiering Sociale Verzekering
WOB	Wet Openbaarheid van Bestuur
Wpf	Wet verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds
WSNP	Wet Schuldsaneringsregeling Natuurlijke Personen
WW	Werkloosheidswet
Yearbook	Yearbook of the European Convention on Human Rights
ZW	Ziektewet

HOOFDSTUK 1

Insolventieprocedures en grondrechten

1.1 Inleiding

In dit proefschrift staan de Nederlandse insolventieprocedures en grond- en mensenrechten centraal. Het onderzoek richt zich, meer in het algemeen, op de betekenis van deze rechten, op welke wijze grond- en mensenrechten een rol spelen bij de opening, het verloop en de afwikkeling van insolventieprocedures, de wijze waarop de bij die procedures betrokken rechtssubjecten met deze rechten moeten omgaan en welke aanpassingen in de wetgeving noodzakelijk zijn.

Historisch gezien staan insolventieprocedures, met name het faillissement, en de grondrechten op gespannen voet.¹ Het faillissement had oorspronkelijk een wraak- en strafelement. In het oud-Romeinse recht was het een schuldeiser, die zijn vordering niet kreeg voldaan, geoorloofd zijn schuldenaar in de boeien te sluiten en hem op drie opeenvolgende slavenmarkten als koopwaar aan te bieden. Werd hij niet verkocht dan mocht de schuldeiser zijn schuldenaar doden. Waren er meer schuldeisers, dan kregen ze elk een deel van het lijk. Kregen zij op deze wijze meer dan verschuldigd was, dan bleven zij straffeloos.² Hoewel deze procedure reeds voor de val van Rome was afgeschaft, kon een schuldenaar daarna nog steeds zichzelf of zijn familie verpanden als zekerheid voor de nakoming van zijn verplichtingen. De geschiedenis van het faillissement kent veel voorbeelden van handelingen die wij in onze tijd niet meer als humaan ervaren. Gelukkig is de insolventieprocedure, via de weg van slavernij, gevangenisstraf (debtor's prison) en publieke schande, in de loop der tijden 'menschelijker' geworden.

Het Nederlandse faillissementsrecht betreft de goederen en niet de persoon van de schuldenaar. Bij de totstandkoming van het Wetboek van Koophandel van 1838 had men echter nog geen helder zicht 'in de natuur van het faillissement' en was er een mengeling van regelingen en theorieën, die niet aan de behoefte van het verkeer voldeden. Er was een zekere tweeslachtig-

¹ Zie voor een geschiedenis van het faillissement: Insol World (a journal of Insol International), Silver Jubilee Edition 2007, zie ook: J.H. Dalhuisen 1968; Noordam 2007, p. 127-217 en M. Aukema, 'Andere tijden: boedelafwikkeling in de 17^e en 18^e eeuw'. Insolad bundel 2007, 'De integere curator', p. 13-26.

² Lex Duodecim Tabularum (451/140 v Chr.) (De wet der twaalf tafelen Tafel III) 'Tertis nundinis partis secanto. Si plus minusve secuerunt, se fraude esto'; J. M. Moore en W.R. Phillips (1975), 'Debtors' and creditors' rights', § 1. (1.1), Shakespeare zinspeelt hierop in zijn 'De Koopman van Venetië', waarin Shylok als borgsom voor een lening een pond van Antonio's vlees eist.

heid: Zo ontnam men de schuldenaar de bekwaamheid om te handelen, hetgeen een noodzakelijk gevolg was van het faillissement, maar liet men deze toestand na vereffening van de boedel onbeperkt voortduren. Hierdoor bleef de schuldenaar, bij een letterlijke toepassing van de wet, feitelijk al even hulpeloos en even onbekwaam achter als wanneer de burgerlijke dood, '*capitis deminutio*', de uiting van het harde schuldrecht van vroegere eeuwen in de wet zou zijn opgenomen.³ Geïnspireerd door Molengraaff is in de Faillissementswet van 1896 gekozen voor een neutrale, algemene en overwegend civielrechtelijke regeling. Deze regeling werd lange tijd gezien als een 'fraai, overzichtelijk, compact en goed bewoonbaar gebouw', dat ondanks vele voorstellen tot renovatie stand heeft gehouden, ook al waren wijzigingen soms noodzakelijk.⁴ Niettegenstaande zijn civielrechtelijk karakter had het faillissement, althans voor de natuurlijke persoon, nog steeds een poenaal (waarmee wordt bedoeld op de materiële gevolgen voor de schuldenaar) en sterk diffamerend karakter. 'Als je je vrouw vermoordt krijg je vijf jaar, maar als je de melkboer niet betaalt krijg je levenslang' was een populaire uitdrukking uit de schuldhelpverlening, die het poenale element van vrijwel levenslange aansprakelijkheid onder woorden brengt.⁵ De 'schone lei' die sedert 1998 een schuldenaar, natuurlijke persoon, na afloop van de schuldsaneringsregeling wordt toegekend kan misschien wel worden gezien als de meest veelomvattende vermenschlijking sedert de 'vergeving van de schulden na zeven jaar' uit het oude testament.⁶ Het getuigt van een nieuwe beleidsfilosofie voor het insolventierecht waarbij de schuldenaar centraal staat. Het gaat niet zozeer om het verleden, met de overheersende belangstelling wiens schuld het is dat de financiële positie van de schuldenaar in het ongerede is geraakt, maar richt zich meer naar de toekomst, waarin iemand weer zelfstandig kan deelnemen aan het economisch leven in plaats van afhankelijk te zijn van zijn schuldeisers of de sociale zorg.⁷ De schuldeiser moet zijn eigen schade zelf dragen en de schuldenaar, voor zover hij bij het ontstaan of onbetaald laten van zijn schulden te goeder trouw is, gaat vrijuit. Komt de schuldenaar niet voor een schuldsaneringsregeling en daarmee niet voor een 'schone lei' in aanmerking en heeft hij onvoldoende financiële middelen om al zijn schuldeisers te voldoen, dan zal elke schuldeiser trachten zo goed mogelijk uit de strijd te komen. Een faillissement ligt dan voor de hand. Deze procedure kent voor de schuldenaar veel beperkende inbreuken. Er ontstaat een strijdperk van conflicterende belangen,⁸ waarbij het er uiteinde-

³ Van der Feltz I, p. 8.

⁴ S.C.J.J. Kortmann, 'Enkele inleidende opmerkingen', TvI 2008, 8, p. 27.

⁵ N.J.H. Huls en M. Peters, 'Poen en poenaliteit', in A.M. Hol en C.J.J.M. Stolker (red), 'Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht', 1995.

⁶ Het vijfde boek van Moses, genaamd Deuteronomium, hoofdstuk 15.

⁷ Zie: N.J.H. Huls, 'Naar een economische faillissementsfilosofie', Justitiële verkenningen, 2 00, Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum.

⁸ B. Wessels, 'Belangenstrijd in het insolventierecht', afscheidsrede 2008, VU Amsterdam.

lijk om gaat te komen tot een zo rechtvaardig mogelijke verdeling van de (financiële) pijn. Daarbij beschermt de Faillissementswet enerzijds de belangen van schuldeisers en de eigendomsrechten van vermogensverschaffers en leveranciers, maar anderzijds snijdt de procedure diep in de persoonlijke levenssfeer van hen die bij de afwikkeling van de insolventie betrokken zijn en die daarop in de regel weinig invloed kunnen uitoefenen. Vaak treft een faillissement onschuldige derden die geen enkele verantwoordelijkheid dragen voor of controle hebben over de gebeurtenissen die ook hun maatschappelijk functioneren kunnen bedreigen. Lopende overeenkomsten komen ten einde en arbeidsplaatsen verdwijnen. Het faillissement is een aantasting van de persoonlijke levenssfeer van de schuldenaar, waarbij zijn fundamentele rechten in het gedrang kunnen komen. De curator (of bewindvoerder) betreedt zijn woning, hij verliest zijn beheers- en beschikkingsbevoegdheid over zijn goederen, zijn administratie, gelden en papieren van waarde worden ingenomen en zijn bezittingen worden verkocht. Het maakt niet uit of hij daarmee een nostalgische of emotionele band heeft of dat het erfstukken betreft die, na verkoop, onvervangbaar zijn. De curator ontvangt, opent en leest zijn post. Hij moet meedelen wat de curator, de rechter-commissaris of de schuldeisers willen weten, hij mag zijn woonplaats niet verlaten, hij kan worden geijzeld en moet zich melden wanneer dat wordt verlangd.

1.2 Indeling van dit hoofdstuk

In dit eerste hoofdstuk worden de begrippen die in dit proefschrift aan de orde komen nader onderzocht. Dit zijn de insolventieprocedures (1.3) en de grond- en mensenrechten (1.4); dit wordt gevolgd door de vraagstelling die aan dit onderzoek ten grondslag ligt (1.5); de methode van onderzoek (1.6); een plan van behandeling (1.7); de indeling van het onderzoek (1.8); de verklaring van enkele begrippen (1.9) en een leeswijzer (1.10).

1.3 De insolventieprocedures

Onder insolventieprocedures worden verstaan: het faillissement (de artikelen 1-212f Fw), de surseance van betaling (de artikelen 213-283 Fw), de schuldsaneringsregeling Natuurlijke Personen (de artikelen 284-362 Fw) en de nieuwe unitaire insolventieprocedure uit het Voorontwerp Insolventiewet (het 'Voorontwerp').⁹ Het Nederlandse insolventierecht wordt traditioneel geplaatst binnen het executie- en beslagrecht. In ons recht geldt de regel dat eenieder die op eigen naam verbintenissen aangaat, voor de nakoming daarvan met zijn gehele vermogen aansprakelijk is. Een schuldeiser kan, tenzij de wet of een overeenkomst anders bepaalt, zijn vordering verhalen op alle goederen van zijn schuldenaar (artikel 3:276 BW). Schuldeisers hebben

⁹ Voorontwerp Insolventiewet (Serie Onderneming en Recht, deel 2-IV), Deventer 2007, ook te vinden op www.Justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/insolventiewet/index.

onderling een gelijk recht om, na voldoening van de kosten van executie, uit de netto-opbrengst van de goederen van hun schuldenaar te worden voldaan naar evenredigheid van ieders vordering, behoudens de door de wet erkende redenen van voorrang (artikel 3:277 lid 1 BW). Voorrang vloeit voort uit pand, hypotheek, voorrecht en uit de andere in de wet aangegeven gronden. Voorrechten ontstaan alleen uit de wet en rusten of op bepaalde goederen of op alle tot een vermogen behorende goederen (artikel 3:278 BW). Hiermee zijn de beginselen van het Nederlandse verhaalsrecht weergegeven.

Komt een schuldenaar een aangegane verbintenis niet na, dan staan voor de schuldeiser feitelijk twee mogelijkheden open om tot verhaal van zijn vordering te komen, dit zijn verhaalsbeslag en het aanvragen van het faillissement van zijn schuldenaar.

Verhaalsbeslag. De schuldeiser kan, in de eerste plaats, de weg volgen die het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) hem biedt en beslag leggen ten laste van zijn schuldenaar, zowel onder de schuldenaar zelf, als onder derden die iets aan de schuldenaar verschuldigd zijn of zullen worden. Het betreft een individuele verhaalsactie. Het verhaal beperkt zich uitsluitend tot de in beslag genomen goederen. Dit verhaalsrecht wordt geëffectueerd door middel van een executoriaal verhaalsbeslag. Doel van dit beslag is het te gelde maken van goederen van de geëxecuteerde, opdat de executant zich uit de daardoor verkregen opbrengst kan voldoen. Indien meer beslagleggers (of anderen: vgl. artikel 480 Rv) aanspraak kunnen maken op de opbrengst, dan zal een rangregeling volgen.

Faillissement. Daarnaast biedt de Faillissementswet de schuldeiser de mogelijkheid het faillissement van zijn schuldenaar aan te vragen om langs die weg voldoening van zijn vordering te bewerkstelligen. De schuldenaar kan dit ook zelf. Indien de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen of (redelijkerwijs) voorziet dat hij met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan, dan kan de rechter de schuldenaar op eigen verzoek, of op verzoek van een of meer van zijn schuldeisers, in staat van faillissement verklaren (artikel 1 lid 1 Fw).¹⁰ Het gaat in deze procedure om de tegeldemaking van het vermogen van de schuldenaar en de verdeling daarvan onder de schuldeisers overeenkomstig ieders rang, of om, via een akkoord, te komen tot de sanering van zijn schulden. Het faillissement is een gerechtelijk beslag op (vrijwel) alle goederen van de schuldenaar. Het omvat het gehele vermogen van de schuldenaar ten tijde van de faillietverklaring, alsmede hetgeen hij gedurende het faillissement verwerft (artikel 20 Fw).¹¹ Het in de failliete boedel vallende vermogen

¹⁰ De faillietverklaring kan ook worden uitgesproken om redenen van openbaar belang, op vordering van het openbaar ministerie (artikel 1 lid 3 Fw) of op verzoek van de curator in de hoofdprocedure op de voet van artikel 29 IVO.

¹¹ HR 22 juli 1988, NJ 1988, 912 (Offermans/Lucassen).

is afgescheiden van het vermogen van de schuldenaar dat niet onder het faillissementsbeslag valt.¹² Hiermee is aangegeven wat voor uitwinning beschikbaar is en is daarmee een uitwerking van artikel 3:276 BW. Door de faillietverklaring verliest de schuldenaar van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorend vermogen (artikel 23 Fw). De curator is belast met het beheer en de vereffening (artikel 68 Fw), onder het toezicht van de rechter-commissaris (artikel 64 Fw). De curator stelt een onderzoek in naar het bedrag, de aard, het karakter en de deugdelijkheid van de vorderingen van schuldeisers. Dit onderzoek wordt aangeduid met de term verificatie. Tenzij de homologatie van een aangeboden akkoord in kracht van gewijsde is gegaan maakt de curator een uitdelingslijst op en is hij belast met de verdeling van het actief onder de (boedel)schuldeisers.

Naast faillissement heeft de schuldenaar zelf andere mogelijkheden om zijn vermogen op orde te brengen met het oog op voldoening van zijn schuldeisers. Dit zijn surseance van betaling en de schuldsaneringregeling, indien de schuldenaar een natuurlijke persoon is.

Surseance van betaling. Verkeert de schuldenaar in (tijdelijke) financiële moeilijkheden, of voorziet hij dat hij met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan, dan kan de schuldenaar surseance van betaling aanvragen (artikel 214 e.v. Fw).¹³ Surseance van betaling kan worden gekarakteriseerd als een algemeen uitstel van betaling. De schuldenaar wordt een zekere adempauze gegund, die moet worden gebruikt om een oplossing te vinden voor de financiële problemen. In tegenstelling tot het executoriaal verhaalsbeslag en het faillissement kan de schuldeiser de toepassing van de surseance van betaling niet zelf initiëren. Die beslissing ligt uitsluitend bij de schuldenaar zelf. Bij het uitspreken van de (voorlopige) surseance van betaling benoemt de rechtbank een of meer bewindvoerders en is de schuldenaar onbevoegd enige daad van beheer of beschikking betreffende de boedel te verrichten zonder medewerking, machtiging of bijstand van deze bewindvoerder(s) (artikel 228 Fw).

Schuldsaneringsregeling Natuurlijke Personen ('WSNP'). Ook deze procedure kan, behoudens één enkele uitzondering, alleen door de schuldenaar zelf worden aangevraagd.¹⁴ De kern van de wet is dat een natuurlijke persoon, óók die een beroep of bedrijf uitoefent, gedurende een zekere periode,

¹² HR 30 september 1994, NJ 1995, 626, m.nt. PvS; AAe 1995, p. 124-133. (Kuijsters/Gaalman q.q.) m.nt. Kortmann en Faber.

¹³ De Faillissementswet geeft niet aan wie onder het begrip 'schuldenaar' vallen. Natuurlijke personen (mits zij een zelfstandig beroep of bedrijf uitoefenen), rechtspersonen en vennootschappen, die geen rechtspersoonlijkheid bezitten kunnen allen surseance van betaling aanvragen (zie T&C Fw, artikel 214).

¹⁴ Een verzoek kan worden gedaan door burgemeester en wethouders van de gemeente waar die persoon woon- of verblijfplaats heeft (artikel 284 lid 4 Fw).

in de regel drie jaar, zijn ‘afloscapaciteit’ ter beschikking stelt ter verdeling onder zijn schuldeisers.¹⁵ Na ommekomst van die periode zal (kan) de rechter het niet voldane gedeelte van de schulden kwijtschelden (lees: omzetten in een natuurlijke verbintenis), in die zin dat schuldeisers geen aanspraak meer kunnen maken op voldoening daarvan. Ook in dit geval worden een bewindvoerder en een rechter-commissaris benoemd die zijn belast met het toezicht op de naleving door de schuldenaar van diens verplichtingen die uit de regeling voortvloeien en met het beheer en de vereffening van de boedel (artikel 287 Fw). Het faillissement en de WSNP zijn liquidatieprocedures, de surseance van betaling is een sanerings- of reorganisatieprocedure.¹⁶

Wijzigingsvoorstellen. Hoewel de Faillissementswet gedurende een lange periode (sedert 1893) naar behoren heeft gefunctioneerd, is de noodzaak tot herziening en aanpassing regelmatig onder ogen gezien. Zo presenteerde de Commissie Insolventierecht, (de Commissie Maas) in 1984 een schets voor een wet houdende regelen tot bevordering van de tijdige reorganisatie van ondernemingen die in hun voortbestaan worden bedreigd en wier herstel na reorganisatie met redelijke zekerheid kan worden verwacht (Wet reorganisatie en herstel van ondernemingen).¹⁷ Dit ontwerp is op de achtergrond geraakt. Naar aanleiding van dit rapport is in 1986 de Commissie Mijnsen ingesteld voor advies in hoeverre het wenselijk was de Faillissementswet en in het bijzonder, de surseance van betaling, te wijzigen. Het was de aanzet voor onder meer de afkoelingsperiode en de schuldsaneringsregeling.

Het MDW-project. In het kader van de Operatie Marktwerving, Deregulering en Wetgevingskwaliteit (MDW) is in het voorjaar van 1999 het MDW-project Modernisering Faillissementswet van start gegaan. In dit project is onderzocht of de surseance van betaling zo kon worden ingericht dat deze weer aan de oorspronkelijke doelstelling zou voldoen. Het MDW-project bestond uit twee fasen. In de eerste fase adviseerde de MDW-werkgroep (commissie Raaijmakers), na een ‘quick scan’ en consultatie van een aantal deskundigen en betrokken belangengroeperingen, een reeks wijzigingen van de Faillissementswet die geen nader onderzoek vergden en naar werd aangenomen geen controversieel karakter hadden. Het kabinet volgde deze adviezen en diende naar aanleiding daarvan het wetsontwerp nr. 27 244 (Wijziging van de Faillissementswet in verband met het bevorderen van de effectiviteit van surseance van betaling en faillissement) in. In januari 2000 stelde de regering een deels gewijzigde MDW-werkgroep in met de opdracht aandacht te besteden aan de onderwerpen waarvoor meer diepgaand onderzoek nodig was om voorstellen te ontwikkelen voor meer vergaande wijzigingen

¹⁵ De afloscapaciteit is in de regel het meerdere boven 95% van de beslagvrije voet (zie voor beslagvrije voet artikel 475 c Rv).

¹⁶ Vgl. de bijlagen A en B bij de Europese Insolventieverordening.

¹⁷ Zie brief van 14 september 1984 van P.C. Maas aan het bestuur van de ‘Vereeniging Handelsrecht’, de aanbieding van het Rapport Commissie Maas.

in het insolventierecht. In februari 2001 publiceerde deze werkgroep het discussiememorandum 'Nadere herziening van het Nederlandse insolventierecht', waarin een aantal gerichte vragen werden gesteld. Na reacties en hoorzittingen in mei 2001 heeft dit uiteindelijk geresulteerd in een eindrapport in oktober van datzelfde jaar. De tweede fase heeft geleid tot de instelling van de Commissie Insolventierecht (Commissie Kortmann) per 1 mei 2003.¹⁸ Vrijwel tegelijkertijd werd de Commissie 'Schone Lei 2' (Commissie Huls) ingesteld tot wijziging van enige knelpunten in de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen. Reeds vrij snel na de instelling van de Commissie Insolventierecht bleek dat de Commissie enige ingrijpende veranderingen zou voorstellen, zoals één geïntegreerde unitaire insolventieprocedure, die mogelijkheden biedt voor zowel reorganisatie als liquidatie.¹⁹ Zij sprak uit dat de door de regering (in wetsvoorstel 27 244) voorgestane wijze van gefaseerde herziening van de Faillissementswet de coherentie en consistentie niet ten goede zou komen en pleitte voor een integrale herziening. Dit zou overigens niet betekenen dat belangrijke onderdelen uit de bestaande regeling niet konden worden overgenomen. In het Voorontwerp zijn de meeste uitgangspunten van de huidige Faillissementswet, na herijking, door de commissie in het Voorontwerp gehandhaafd.²⁰ De herziene regeling van de WSNP, voorbereid door de Commissie 'Schone Lei 2'/Commissie Huls in wetsvoorstel 29 942 is als zelfstandig wetgevingstraject voortgegaan en is op 1 januari 2008 in werking getreden.

De unitaire insolventieprocedure. Nederland staan (mogelijk) aan de vooravond van een ingrijpende wijziging van de Faillissementswet. Een voorontwerp voor een nieuwe Insolventiewet is op 1 november 2007 door de Commissie Insolventierecht aangeboden. Het Voorontwerp beoogt de Faillissementswet in zijn geheel te vervangen. Het is het resultaat van een grondige herziening van het insolventierecht.²¹ In plaats van de thans naast elkaar bestaande procedures: faillissement, surseance van betaling en schuldsaneringsregeling natuurlijke personen, die feitelijk in elkaar worden geschoven, kent het Voorontwerp één insolventieprocedure. Deze unitaire procedure is

¹⁸ De commissie heeft tot taak de regering en de beide kamers der Staten-Generaal te adviseren over wetgeving op het terrein van insolventierecht, meer in het bijzonder over de onderwerpen die samenhangen met of voortvloeien uit de brief van de minister van Justitie van 3 december 2001 (Kamerstukken II 2001/02, 24 036, nr. 238) van de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal inzake tweede fase Herziening Faillissementswet. Het KB is gepubliceerd in de Staatscourant van 17 april 2003 (nr. 76). De auteur dezes was lid van de Commissie Insolventierecht en de Commissie 'Schone lei 2'.

¹⁹ Brief Voorzitter Commissie Insolventierecht van 8 september 2003.

²⁰ De contouren van het Voorontwerp zijn eerder door de Commissie Insolventierecht neergelegd in brieven van 13 april 2005 en 29 juni 2006; R. J. van Galen, 'Activiteiten van de Commissie Insolventierecht', *Ondernemingsrecht* 2006-14, p. 515-516.

²¹ Algemene Toelichting op het Voorontwerp, p. 129-162 en S.C.J.J. Kortmann, 'Enkele inleidende opmerkingen', *TvI* 2008, 8, p. 27.

bedoeld voor natuurlijke personen en rechtspersonen. Zij is gericht op zowel de liquidatie van het vermogen ten behoeve van de schuldeisers, als op de sanering van de schulden. Het Voorontwerp houdt voorzieningen in die een minnelijke regeling, juist ter voorkoming van een insolventieprocedure, mogelijk maken. Het omvat een regeling ter versterking van het reorganiserend vermogen van ondernemingen, al dan niet via ‘stille bewindvoering’, ‘informele reorganisatie’ en een akkoord vóór of buiten insolventie. Daarnaast is een aangepaste regeling voor de afkoelingsperiode opgenomen, die de bewindvoerder meer mogelijkheden biedt om de onderneming voort te zetten, indien dat voor een ‘doorstart’ of adequate afwikkeling nodig mocht zijn. De in de afgelopen decennia gemarginaliseerde positie van de gewone (concurrente) schuldeisers wordt verbeterd. Het aantal boedelvorderingen wordt teruggedrongen en de positie van separatisten gewijzigd. Voor natuurlijke personen blijft de mogelijkheid van een ‘schone lei’ (dat wil zeggen de omzetting van hun schulden in een natuurlijke verbintenis) aan het einde van de insolventieprocedure gehandhaafd. De werkbelasting van de rechterlijke macht wordt verminderd.²²

Ingebed in het algemeen privaatrecht beschermen de insolventieprocedures de wettelijke en contractuele rechten van schuldeisers, kredietverschaffers en aandeelhouders, die aanspraken kunnen doen gelden. De Faillissementswet heeft daardoor een belangrijke plaats in het juridische en economische systeem van Nederland. De wet bepaalt de mogelijkheden en voorwaarden voor bedrijfsbeëindiging, de liquidatie en reorganisatie van insolvabele ondernemingen en heeft daarmee grote consequenties voor het verlies dan wel het behoud van de werkgelegenheid bij dergelijke ondernemingen. De Faillissementswet en ook het Voorontwerp regelen hiermee een strak afgebakend terrein van rechtsverhoudingen op een zeer specifiek rechtsgebied. Tegenover dit strak gereguleerde en afgebakende leerstuk van de insolventieprocedure zijn de in de Nederlandse Grondwet en de internationale verdragen opgenomen grond- en mensenrechten een ogenschijnlijk willekeurige verzameling van normen van geheel verschillende aard. Deze rechten beschermen een breed spectrum van zeer diverse waarden en belangen, situaties en handelingen.

1.4 Grondrechten en mensenrechten

Het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (‘EVRM’) heeft ten doel ‘de handhaving en de verdere verwezenlijking van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden’, die ‘de grondslag vormen voor gerechtigheid en vrede in de we-

²² Algemene Toelichting Voorontwerp, p 129-162. Zie ook: ‘Kroniek van het Insolventierecht’, NJB 2007, p. 1829; ‘Het Voorontwerp Insolventiewet nader beschouwd’, *Ars Aequi Libri*, Nijmegen 2008 en ‘De Nieuwe Insolventiewet’, een tijdelijke Nieuwsbrief, Kluwer.

reld en welker handhaving vooral steunt, enerzijds op een waarlijk democratische regeringsvorm, anderzijds op het gemeenschappelijk begrip en de gemeenschappelijke eerbiediging van de rechten van de mens, waarvan die vrijheden afhankelijk zijn'.²³ De eerste titel van het EVRM bestaat uit de artikelen 2 t/m 18. Dit zijn hoofdzakelijk burgerlijke en politieke rechten en vormen de kern van het verdrag. De artikelen 19-51 beschrijven het werkingsmechanisme van het Europees Hof voor de rechten van de Mens, dat functioneert op een permanente basis ('EHRM'), terwijl Protocol 1, 4, 6, 7, 12 en 13 bijkomende rechten inhouden.²⁴ Het recht op het individueel indienen van een klacht verplicht de staat de bevoegdheid van het Hof te aanvaarden om vonnissen te vellen over aangelegenheden die staat betreffende.

Grond- of mensenrechten kunnen worden omschreven als fundamentele rechten die ieder mens toekomen enkel en alleen op grond van zijn of haar mens-zijn.²⁵ Zij gaan uit van de waardigheid en de onderlinge gelijkheid van de mens.²⁶ De grondgedachte is dat ieder mens waarde heeft, aanspraak kan maken op de vervulling van zijn basisbehoeften en de realisatie van zijn grondrechten, waar hij zich ook bevindt en ongeacht afkomst, ras, geslacht of levensovertuiging.²⁷ Omdat mensenrechten een sociale dimensie hebben, vinden deze vrijheidsrechten enerzijds hun grenzen in de rechten van anderen en behoeven zij anderzijds aanvulling van andere, sociale, rechten die de noodzakelijke materiële middelen verschaffen voor de ontplooiing van het individu in vrijheid.²⁸ De Grondwet van 1983 sluit hierbij aan.²⁹ Het onderscheid tussen 'fundamentele' normen en 'gewone' normen of tussen grondrechten en 'gewone' rechten is moeilijk aan te geven. Er is geen principieel onderscheid tussen een grondrecht en een ander recht. Aan grondrechten komt als zodanig geen bijzondere rang toe.

²³ Rome 1950, in werking getreden 4 november 1950, Trb. 1951, 154, p. 3-33; Nederlandse tekst p. 34-49 die is vervangen door de vertaling in Trb. 1990, nr. 156.

²⁴ In 2005 heeft de Eerste Kamer ingestemd met het voorstel van rijkswet tot goedkeuring van Protocol nr. 14 bij het EVRM. Dit Protocol beoogt onder meer de werklust van het EHRM te beteugelen. De in het Protocol opgenomen proceduremaatregelen hebben betrekking op het scheiden van kansloze en kansrijke klachten (het filteren van klachten), het bieden van een vereenvoudigde procedure voor repetitieve zaken (kloonzaken) en de introductie van een nieuw criterium voor de ontvankelijkheid van klachten. (Kamerstukken I 2005/06, 300 89); M. Kuijer, 'Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens: Luctor et emergo?', AAe 2008, p. 424-434.

²⁵ Van Dooren 2002, p. 13.

²⁶ Alkema 1985, p. 8.

²⁷ Van Dooren 2002, p. 14.

²⁸ Zie ook de nota 'De rechten van de mens in het buitenlands beleid', Kamerstukken II 1978/79, 15 571, nr. 1-2, p. 9.

²⁹ Verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering van de Grondwet van bepalingen inzake grondrechten, Kamerstukken II 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 9-10.

1.5 Vraagstelling

De vragen die in dit proefschrift worden onderzocht zijn:

‘Op welke wijze worden bij de afwikkeling van Nederlandse insolventieprocedures grond- en mensenrechten gerespecteerd? Welke rechten of bevoegdheden kunnen de daarbij betrokken rechtssubjecten (de schuldenaar, de curator of bewindvoerder, de rechter-commissaris en de schuldeisers of derden) aan grond- en mensenrechten ontnemen, welke inbreuken moeten deze rechtssubjecten op die rechten of bevoegdheden dulden en tot welke aanpassingen van het insolventierecht geeft dit aanleiding?’

1.6 Methode van onderzoek

De insolventierechtelijke (deel)procedures worden op klassiek-juridische wijze gezien vanuit de relevante artikelen van het EVRM. Het onderzoek wordt uitgevoerd aan de hand van de literatuur en jurisprudentie over dit onderwerp. Voor het raakvlak tussen het specifieke leerstuk van de insolventieprocedures en de grondrechten is de literatuur en jurisprudentie schaars.³⁰ Dat geldt ook voor de door het Europees Hof (of Europese Commissie) voor de Rechten van de Mens (EHRM) gewezen rechtspraak.³¹ Hier kan de jurisprudentie op andere rechtsgebieden (zoals op het gebied van het burgerlijk recht, strafrecht en bestuursrecht) behulpzaam zijn.

Veel grondrechten hebben (uiteraard) geen enkele invloed op de afwikkeling van een insolventieprocedure. Het verbod op de toepassing van de doodstraf, foltering of rassendiscriminatie zal geen curator of bewindvoerder belemmeren zijn taak naar behoren te (kunnen) vervullen. Daar staat tegenover dat

³⁰ In de Nederlandse literatuur zijn tot op heden slechts enkele overzichtsartikelen verschenen: J.C. van Apeldoorn, ‘Mensenrechten en insolventie’, *TvI* 2002, 6, p. 60-67 en B.M. Katan, ‘Overzichtsartikel insolventierecht en het EVRM’, *TvI* 2006, 20 p. 86 en J.C. van Apeldoorn, ‘Het nieuwe insolventierecht en de grondrechten’ in ‘Het Voorontwerp Insolventiewet nader beschouwd’, *AAe* 2008, p. 301-317; In het buitenland is er niet veel meer, zie hiervoor: C. Gearty en S. Davies QC 2000, *Insolvency Practice and the Human Rights Act 1998*, A Special Bulletin; J-L. Vallens, ‘Droit de la faillite et droits de l’homme, La loi sur le redressement judiciaire et la Convention européenne des droits de l’homme’, *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1997, p. 567-590; Lee Steyn, ‘Human right issues in South African Insolvency law’, *Int. Insol. Rev.*, Vol. 13 (2004), p. 1-25; R. Obank, ‘The Human Rights Act 1988: A revolution for UK Insolvency Law and Practice?’, *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, April 2001 en G. E. Kodek, ‘The impact of the European Convention on Human Rights and Fundamental Liberties in Insolvency Proceedings’ in ‘The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century’, p. 570-584.

³¹ Deze jurisprudentie is op eenvoudige wijze te vinden op Hudoc via de site www.echr.coe.int/ECHR.

een aantal grondrechten wel een belangrijke rol spelen, een rol die in de toekomstige insolventieprocedure niet wezenlijk anders zal zijn. De hierboven geformuleerde vragen worden onderzocht aan de hand van een beperkt aantal grond- en mensenrechten:

- Het recht op een eerlijk proces bij het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen en de gegrondheid van een ingestelde strafvervolgning (artikel 6 EVRM);
- Het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel (artikel 13 EVRM);
- Het recht op eerbiediging van het privéleven, familie- en gezinsleven, de woning en de correspondentie (artikel 8 EVRM);
- Het recht op vrijheid en veiligheid (artikel 5 EVRM en artikel 2 Vierde Protocol EVRM);
- Het recht op vrijheid van meningsuiting, waaronder de vrijheid om inlichtingen te ontvangen of te verstrekken (artikel 10 EVRM);
- Het verbod verplicht arbeid te moeten verrichten (artikel 4 EVRM);³²
- Het recht op bescherming van het eigendom (artikel 1 Eerste Protocol EVRM);

Dit zijn klassieke grondrechten of vrijheidsgrondrechten. Op grond van artikel 1 EVRM verzekeren de Verdragsluitende Partijen aan een ieder, die tot hun rechtsmacht behoort, de rechten en vrijheden welke zijn vastgesteld in de eerste titel van het verdrag. Het gaat daarbij om de bescherming van de menselijke waardigheid.³³ Die bescherming, de verplichting tot de verzekering van de verdragsrechten, rust in de eerste plaats op de verdragsstaten zelf. Zij moeten zelf de naleving van de bepalingen (doen) garanderen. In een concepttekst voor artikel 1 was oorspronkelijk nog bepaald dat de verdragsluitende staten zich voor dit doel zouden inspannen, maar in de uiteindelijke tekst is er voor gekozen om tot uitdrukking te brengen dat alleen een inspanning niet voldoende is: de mensenrechten die het verdrag omschrijft moeten daadwerkelijk gewaarborgd worden. Het is kortom geen inspannings- maar een resultaatsverplichting. De rechten en vrijheden uit de eerste titel en – voor zover door hen geratificeerd – de aanvullende protocollen moeten door de verdragsstaten daadwerkelijk worden gewaarborgd, althans indien geen voorbehoud is gemaakt op grond van artikel 57 EVRM.³⁴

1.7 Plan van behandeling

De faillissementsprocedure wordt als uitgangspunt genomen. Omdat het Voorontwerp Insolventiewet nog niet heeft geleid tot een regeringsstandpunt

³² Gearthy en Davies 2000, p. 7. Hierbij kan worden gedacht aan de arbeidsplicht, althans sollicitatieplicht, van de schuldenaar in de WSNP.

³³ EHRM 11 juli 2002, no. 28957/95 (Cristine Goodwin v. Verenigd Koninkrijk), par. 90; EHRM 29 april 2002, no. 2346/02 (Pretty v. Verenigd Koninkrijk), par. 62 en EHRM 7 februari 2002, no. 53176/99 (Mikulić v. Kroatië), par. 53.

³⁴ EHRM 18 januari 1978, no. 5310/71 (Ierland v. Verenigd Koninkrijk), par. 239.

wordt slechts incidenteel naar het Voorontwerp verwezen. Behandeling van het Voorontwerp vindt met name plaats indien het Voorontwerp een regeling geeft die beter op de grondrechten aansluit dan die in de Faillissementswet, of daarmee in strijd is. Dat het onderzoek wordt beperkt tot het EVRM en de overeenstemmende bepalingen uit het IVBPR³⁵ en de Grondwet heeft de volgende twee redenen: ‘directe werking’ en ‘toetsing’.

Directe werking. Het EVRM en het IVBPR hebben directe werking.³⁶ Zij kunnen rechtstreeks voor de Nederlandse rechter worden ingeroepen, door eenieder die meent dat zijn rechten zijn geschonden, ook indien de Nederlandse wet die rechtsgang niet voor hem openstelt. Directe werking wordt toegekend aan een juridisch volledige verdragsbepaling die de verdragspartijen een plicht oplegt om op een bepaalde wijze te handelen of zich ergens van te onthouden, tenzij de verdragsbepaling directe werking uitdrukkelijk uitsluit.³⁷ De regels behoeven naar de geest, inhoud en tekst geen verdere nationale regelgeving om gelding te hebben in de nationale rechtsorde. Zij kunnen leiden tot bepaalde rechten of bepaalde verplichtingen voor alle burgers of ingezetenen. Het is wellicht niet geheel juist om te zeggen dat een verdrag rechtstreeks werkt, het gaat steeds om de (afzonderlijke) bepalingen uit het verdrag. De rechter dient aldus voor iedere verdragsbepaling afzonderlijk na te gaan of deze voor eenieder verbindend is, zich voor rechtstreekse toepassing leent, of deze ‘self-executing’ is, zodat particulieren zich voor de nationale rechter op een dergelijke bepalingen kunnen beroepen. Dat een bepaling rechtstreeks werkt kan in het algemeen worden aangenomen indien de bepaling in een concreet geval kan worden toegepast zonder dat daarvoor aanvullende maatregelen van de kant van de nationale overheid nodig zijn.³⁸ De meeste bepalingen van het EVRM en het IVBPR worden, met enkele uitzonderingen, aangemerkt als ieder verbindend.³⁹ Rechtstreekse werking

³⁵ Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten, New York 1979, Trb. 1969, 99.

³⁶ De term wordt niet eenduidig gebruikt, men spreekt ook over ‘rechtstreeks werkend’ en ‘rechtstreeks toepasselijk’; HR 26 juni 1981, NJ 1982, 450, m.nt. Ma en EAA; HR 30 november 2007, NJ 2008, 91; Voor het IVBPR zie: HR 7 mei 1993, NJ 1995, 259, m.nt. EAA.

³⁷ Een voorbeeld is te lezen in HR 22 februari 1985, NJ 1986, 3, m.nt. EAAL en EAA. Een ander voorbeeld is de vaststelling van het salaris van de curator op grond van artikel 71 lid 1 Fw. In het systeem en de geschiedenis van de Faillissementswet is geen steun te vinden voor het daarbij horen van de schuldenaar, terwijl artikel 6 EVRM dat, in het kader van hoor en wederhoor, mogelijk wel zou eisen. Het uitdenken van een oplossing voor een en ander gaat de rechtsvormende taak van de rechter echter te buiten. Het is aan de wetgever een oplossing hiervoor te kiezen; HR 19 januari 1990, NJ 1991, 213, m.nt. EAA en zie ook Adv. bl. 1990, p. 182.

³⁸ Van Dijk-Van Hoof 1982, p. 13.

³⁹ HR 18 februari 1986, NJ 1987, 62; HR 30 januari 1996, 288: uitzonderingen daarop, bijv. artikelen 6 en 13 EVRM indien het gaat om de uitbreiding van de rechtsmacht van de rechter door het introduceren van een rechtsgang die niet in de wet is voorzien.

van artikel 6 lid 1 EVRM⁴⁰, artikel 8 EVRM⁴¹, artikel 5 EVRM⁴² en artikel 1 EP EVRM⁴³ wordt in de rechtspraak aanvaard. Deze rechtstreekse werking is van belang voor elke belanghebbende (de schuldenaar, de schuldeiser en soms zelfs de curator) in de insolventieprocedure die meent dat zijn rechten, gewaarborgd in deze bepalingen, zijn geschonden.

Toetsing. Wettelijke voorschriften die in een formele wet, zoals in de Faillissementswet, zijn opgenomen en die niet verenigbaar zijn met eenieder verbindende en rechtstreeks werkende verdragsbepalingen vinden geen toepassing.⁴⁴ Schending van een rechtstreeks werkende verdragsbepaling kan leiden tot het buiten toepassing verklaren van de formele Nederlandse wet op grond van artikel 94 Gw, althans voor zover de bepaling zich ertoe leent.⁴⁵ De huidige stand van zaken is dat enerzijds artikel 120 Gw de rechter verbiedt de wet in formele zin te toetsen aan de Grondwet of aan algemene rechtsbeginselen, maar dat anderzijds artikel 94 Gw hem gebiedt wettelijke bepalingen te toetsen aan eenieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties.⁴⁶ Dat de rechter niet mag treden in de grondwettigheid van een formele wet behoeft overigens niet uit te sluiten dat de rechter komt tot een grondwetsconforme uitleg van de wet of een grondwetsconforme inpassing in het stelsel van de wet. Indien wettelijke bepalingen onverenigbaar zijn met het EVRM of het IVBPR, dan kan buiten toepassing verklaring worden voorkomen indien de bepalingen in het licht van deze verdragen kunnen worden uitgelegd of uitgebreid.⁴⁷

Geen rechtsvergelijking. Er wordt in dit onderzoek (vrijwel) geen rechtsvergelijking toegepast. Dit neemt niet weg dat het onderzoek een belangrijke internationale invalshoek heeft. De rechtspraak van het EHRM heeft betrekking op alle (47) staten die lid zijn van de Raad van Europa en geeft daarmee wel inzicht over de wijze waarop met name insolventierechtelijke vragen in die verschillende rechtstelsels worden opgelost. Daar staat echter

⁴⁰ HR 30 november 1984, NJ 1985, 376, m.nt. WLH; A-G Biegan-Hartog concludeert onder verwijzing naar jurisprudentie dat de vraag of artikel 6 EVRM directe werking heeft, ‘thans met een gerust hart bevestigend kan worden beantwoord’.

⁴¹ HR 22 februari 1985, NJ 1986, 3, r.o. 3.5, m.nt. EAAL en EAA.

⁴² HR 19 januari 1990, NJ 1991, 212, m.nt. EAA (in het belang der wet).

⁴³ HR 14 april 2000, NJ 2000, 713, m.nt. ARB, AB 2001, 135, m.nt. Van Kampen (Kooren-Maritiem).

⁴⁴ HR 20 oktober 2000, NJ 2001, 268 en HR 28 april 2000, NJ 2000, 430.

⁴⁵ Alkema 1995, p. 116 en HR 30 mei 1986, NJ 1986, 688.

⁴⁶ Koekkoek 1992, p. 544.

⁴⁷ Hof Den Haag 29 maart 1984, NJ 1984, 400 betreffende een schuldenaar die zich al dertien maanden in bewaring bevond en moest worden geoordeeld over verlenging en de vraag of de voortgezette inbreuk op het recht van persoonlijke vrijheid van de schuldenaar was gerechtvaardigd; HR 23 december 1983, NJ 1985, 170, m.nt. G en EAA, waarin een last tot psychiatrisch onderzoek van de schuldenaar aan de orde kwam.

tegenover dat elk van deze 47 staten vele verschillende insolventieprocedures kent. Alleen al in de bijlagen A en B van de Europese Insolventie Verordening zijn 150 verschillende insolventieprocedures opgenomen van de (25) staten, die lid zijn van de Europese Gemeenschap.⁴⁸ Elke staat heeft wel één of meer insolventieprocedures.⁴⁹ Sedert 2002 is de Europese Insolventie Verordening ('IVO') van toepassing maar dat is, wat men noemt, een 'traité triple'. Deze Verordening regelt alleen de bevoegdheid van de rechter, de erkenning en ten uitvoerlegging van beslissingen en het toepasselijke recht, maar het bevat niet zelf materieelrechtelijke regels van insolventierecht.⁵⁰ Omdat elk van deze staten zijn eigen regels, voorschriften en terminologie heeft ter zake de voorwaarden voor faillietverklaring, de materieelrechtelijke gevolgen daarvan, alsmede voor de procedurele afwikkeling, valt een rechtsvergelijking buiten de vraagstelling zoals die hiervoor is geformuleerd.

1.8 Indeling van het onderzoek

Dit onderzoek omvat naast dit eerste hoofdstuk nog zes hoofdstukken. In hoofdstuk 2 gaat het om artikel 8 EVRM: het recht op privacy. Hierin komen aan de orde het recht op respect voor het privéleven, familie- en gezinsleven, de woning en de correspondentie. Dit zijn rechten waarop het faillissement bij uitstek inbreuk maakt. Dit wordt in hoofdstuk 3 gevolgd door een bespreking van de artikelen 6 en 13 EVRM: het recht op een eerlijk proces bij de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een ingestelde strafvervolging. Het gaat daarbij met name om de vraag of en (zo ja) welke onderdelen van een insolventieprocedure onder de bescherming van deze artikelen kunnen worden geplaatst en wat daarvan de gevolgen zijn. In hoofdstuk 4 wordt artikel 5 EVRM besproken: het recht op persoonlijke vrijheid en veiligheid en artikel 2.

Vierde Protocol EVRM: het recht zijn land vrij te verlaten. In hoofdstuk 5 komen aan de orde de aansprakelijkheid van de schuldenaar en, indien de schuldenaar een rechtspersoon is, de aansprakelijkheid van de bestuurders en commissarissen van die rechtspersoon, zowel in strafrechtelijke, civielrechtelijke als in bestuursrechtelijke zin. Dit gebeurt mede aan de hand van artikel 4.2.14 Voorontwerp dat zegt dat de bewindvoerder, die een redelijk vermoeden heeft dat de schuldenaar zich schuldig heeft gemaakt aan insolventiefraude de rechter-commissaris daarover informeert. Dit houdt ook verband met artikel 6 EVRM. In het voorlaatste hoofdstuk, hoofdstuk 6, volgt een bespreking van artikel 1 van het Eerste Protocol ('EP') EVRM: het recht op het ongestoord genot van eigendom. In dit hoofdstuk komen aan de orde

⁴⁸ Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 19 mei 2000, betreffende insolventieprocedures (PbEG 2000, L 160/1).

⁴⁹ ECRM 10 maart 1981, no. 8988/80 (X. v. België): 'The Commission also stresses that insolvency proceedings are of early origin and common to numerous states'.

⁵⁰ Wellicht afgezien van artikel 7 IVO over de verrekening.

de vorderingen tot verhaal van de schade die ten gevolge van het faillissement wordt geleden. Dit zijn de vorderingen die door de curator en de diverse schuldeisers, zoals de Ontvanger der directe belastingen, aandeelhouders en overige belanghebbenden, kunnen worden ingesteld. Het gaat daarbij mede om samenloop en de vraag wie voorrang heeft en waarop deze vorderingen kunnen worden verhaald. In het laatste hoofdstuk, hoofdstuk 7, wordt de positie van de betrokken rechtssubjecten nader beschouwd. Artikel 4 EVRM wordt niet nader besproken. Gearthy en Davies noemen dit wel,⁵¹ maar de verplichting van de schuldenaar/natuurlijke persoon om gedurende de looptijd van de WSNP arbeid te verrichten kan moeilijk worden gezien als dwangarbeid, dienstbaarheid of slavernij, van welke begrippen het EVRM ook geen definitie geeft.⁵²

1.9 Verklaring van enkele begrippen

Bij de bespreking van grondrechten komen enkele begrippen met een zekere regelmaat terug. Deze worden hierna kort besproken:

Staatsvrije sfeer. Van der Pot-Donner stelt de vraag of grondrechten vrijheden zijn *tegenover* de staat of vrijheden *in* de staat. Daarbij kan in de eerste plaats worden gedacht aan een ‘staatsvrij’ domein, dat door de overheid vrijgelaten en geëerbiedigd moet worden en in de tweede plaats aan de overheidsplicht tot actieve zorgzaamheid.⁵³ Dit houdt verband met de positieve en negatieve verplichtingen die worden onderscheiden. Deze worden bezien vanuit de overheid. De klassieke grondrechten worden in verband gebracht met deze ‘staatsvrije sfeer’, waarbinnen elk mens zich kan ontplooiën zonder inmenging van de overheid.⁵⁴

Positieve verplichtingen van de overheid zijn gericht op een actieve ondersteuning van het recht ten behoeve van de burger. Zij geven de overheid een plicht tot handelen.

Negatieve verplichtingen bestaan voor de overheid indien zij zich moet onthouden van handelingen. Dit betekent dat de overheid (of het bevoegd gezag) het grondrecht eerbiedigt en zich onthoudt van inbreuken op of schending van deze rechten, zodat het individu ten volle van zijn grondrechten gebruik kan maken.

⁵¹ Gearthy en Davies 2000, p. 7.

⁵² Vande Lanotte-Haeck, 2-I, p. 241.

⁵³ Van der Pot-Donner 2001, p. 228.

⁵⁴ Meeuwissen 1984, p. 16; Scheltens 1981, p. 13; Van Wissen 1992, p. 1; Van Baarda 1992, p. 25.

Verticale werking. Grondrechten worden gezien als een middel tot bescherming van het individu tegenover de overheid.⁵⁵ Zij kunnen in beginsel alleen worden afgedwongen tegenover de overheid in al haar hoedanigheden, dat wil zeggen vanuit het publiek- en het privaatrecht.⁵⁶ In deze verticale relatie gelden grondrechten onverkort.⁵⁷

Horizontale werking. Grondrechten kunnen ook rechten en verplichtingen scheppen tussen individuen en groepen van individuen. Dit noemt men horizontale werking, de werking van grondrechten in de rechtsverhoudingen tussen burgers onderling. Een voorbeeld is te vinden in artikel 1 Gw. ‘Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook, is niet toegestaan.’ Feitelijk is ons hele recht doordrongen van dit beginsel en de doorwerking van grondrechten vindt dan ook op de meest uiteenlopende terreinen plaats. Het leerstuk van de horizontale werking van grondrechten wordt gezien als een niet geheel duidelijk leerstuk.⁵⁸ Verschillende vormen en gradaties van horizontale werking kunnen worden onderscheiden. Horizontale werking wordt soms ook als ‘derdenwerking’ (d.w.z. in rechtsverhoudingen tussen particulieren direct toepasbaar) aangeduid, maar de grondwetgever heeft hieraan in 1983 niet de voorkeur geven, mogelijk omdat derdenwerking ook in het privaatrecht voorkomt.

Beperking van grondrechten. Het kan nodig zijn een grondrecht te beperken, welke beperking niet op voorhand de bedoeling behoeft te hebben om het grondrecht illusoir te maken, maar om een ander recht of grondrecht te waarborgen. Een beperking van een grondrecht moet volgen uit het grondrecht zelf. Zo geeft artikel 8 lid 2 EVRM een reeks grondslagen waarop de in lid 1 van dat artikel genoemde rechten kunnen worden beperkt. De bevoegdheid tot beperking wordt door de grondwetgever toebedeeld aan een bepaald orgaan, de wetgever in formele zin. Met de woorden ‘behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet’ wordt bedoeld de wet in formele zin.⁵⁹ Soms kan de grondwetgever de wetgever tevens de bevoegdheid geven zijn regelingsbevoegdheid tot het stellen van beperkingen aan het grondrecht over te dragen (te delegeren) aan een lagere wetgever. In dat geval gebruikt de Grondwet enigerlei vorm van het werkwoord ‘regelen’, de

⁵⁵ Van der Pot-Donner 2001, p. 227.

⁵⁶ HR 26 april 1996, NJ 1996, 728 (Rasti Rostelli).

⁵⁷ MvT, Kamerstukken II 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 15.

⁵⁸ Nieuwenhuis en Dragstra, ‘Van minimum, tekort en meerwaarde. Een vergelijking tussen de grondwettelijke bescherming van grondrechten en de bescherming op grond van het EVRM’, Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2008, p. 31.

⁵⁹ Van der Pot-Donner 2001, p. 251 e.v.; MvT, Kamerstukken II 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 20 e.v.

zelfstandige naamwoorden ‘regels’ of ‘regeling’ of de woorden ‘bij of krachtens’. In alle gevallen dient de beperking van een grondrecht herleidbaar te zijn tot een bepaling in een formele wet.

Voorrang. Wanneer in twee of meer regelingen, bijvoorbeeld het EVRM en de Grondwet éénzelfde grondrecht wordt gegeven, behoort de voor de justitiabele gunstigste bepaling te prevaleren (artikel 60 EVRM). Wanneer twee (deels overlappende) grondrechten, bijvoorbeeld de drukpers- en de godsdienstvrijheid in één regeling, te weten de Grondwet, zijn opgenomen moet worden gelet op de relevantie van de bepalingen voor het te beslissen geval en moet eventueel een *lex specialis* worden aangewezen om die voorrang te verlenen.⁶⁰

Botsing. Botsing van grondrechten kan plaats vinden in bijvoorbeeld de schuldsaneringsregeling. De ‘Schone lei’ kan worden gezien als een eerbiediging van het privéleven van de schuldenaar (dat wordt beschermd in artikel 8 EVRM), maar botst tevens met het vorderingsrecht van de schuldeiser (dat wordt beschermd in artikel 1 Eerste Protocol EVRM).⁶¹

Rechten voor eenieder. Veel grondrechten worden toegekend aan ‘eenieder’. Indien wordt gesproken over ‘mensen’rechten doet de term vermoeden dat het rechten zijn die aan mensen, dat wil zeggen aan natuurlijke personen, worden toegekend. De vraag is of onder de term ‘eenieder’ naast natuurlijke- ook rechtspersonen zijn begrepen. Oorspronkelijk werd een restrictieve interpretatie gehuldigd. In de aanvankelijk opgestelde verdragstekst werd nog gesproken over het toekennen van rechten aan het ‘individu’ maar later, in de definitieve verdragstekst, is gekozen voor de meer neutrale term ‘persone’.⁶² De term ‘eenieder’ komt uit de Nederlandse, niet-authentieke, tekst van het EVRM. In de Franse tekst wordt gesproken over ‘toute personne’. In de Engelse tekst over ‘everyone’. Dit blijkt overigens ook uit artikel 17 EVRM dat spreekt over ‘een groep’ (‘groupement’) en ‘een persoon’. Dit is gebeurd om niet uit te sluiten dat ook rechtspersonen drager kunnen zijn van (een deel van) deze rechten. In artikel 1 Eerste Protocol (‘EP’) EVRM, dat spreekt over ‘iedere natuurlijke of rechtspersoon’ (‘every natural or legal person’), is dit nog duidelijker tot uitdrukking gebracht. Het recht op rechtsbescherming van rechtspersonen wordt ook afgeleid uit artikel 34 EVRM dat spreekt over iedere natuurlijk persoon, iedere non-gouvernementele organi-

⁶⁰ HR 5 juni 1987, NJ 1988, 702, m.nt. EAA (Goeree).

⁶¹ EHRM 20 juli 2004, no. 37598/97 (Bäck v. Finland).

⁶² Collected Edition of the ‘Travaux Préparatoires’ of the European Convention on Human Rights, deel IV, Den Haag 1977, p. 219 e.v. en p. 275 e.v.

satie of iedere groep personen die beweert slachtoffer te zijn van een schending. Een rechtspersoon kan slachtoffer zijn.⁶³

In een groot aantal arresten heeft het EHRM inmiddels aangenomen dat in elk geval een aantal bepalingen uit het EVRM van toepassing is op rechtspersonen, maar dat soms restricties worden toegepast.⁶⁴ Een rechtspersoon wordt daarbij gezien als een ‘independent living organism, protected as such by the legal order of the State concerned, and whose rights also receive autonomous protection’.⁶⁵ Een rechtspersoon, die geen non-gouvernementele organisatie is, maar slachtoffer van een schending is, wordt daarmee, indien de Staat het klachtrecht heeft aanvaard, op die grond ontvankelijk verklaard.

Slachtoffer. Vereiste voor bescherming onder het EVRM is dat de klager ‘slachtoffer’ of ‘victim’ is. Voor het zijn van ‘victim’ geldt het volgende: het vereiste van ‘slachtoffer’ is een zelfstandig beginsel. Het moet los van het nationale recht worden uitgelegd.⁶⁶ Een slachtoffer is de persoon die direct wordt getroffen door een handelen of nalaten waarover wordt geklaagd. Dit vereiste van ‘direct affectedness’ vooronderstelt een bijzondere verhouding tussen de klager en de inmenging waarover wordt geklaagd.⁶⁷ Daar staat echter tegenover dat het EHRM bij ontvankelijkheidsvragen ook kijkt naar de effectiviteit van een en ander.⁶⁸ Het begrip slachtoffer en de toeganke-lijkheid tot het Hof ‘must be interpreted and applied so as to make its safe-guards practical and effective with some degree of flexibility and without excessive formalism’.⁶⁹ Men kan slachtoffer zijn, zonder dat schade is gele-den. Het Hof lijkt daarmee onderscheid te maken tussen het slachtoffer die

⁶³ EHRM 10 december 1984, no. 10259/83 (S.p.r.l. Anca e.a. v. België) ‘The applicant is a legal entity in Belgian law. As such, it is clear that it falls into the category of “non-governmental organisations” referred to in Article 25.’

⁶⁴ EHRM 1 september 1993, no. 20062/92 (B. company e.a. v. Nederland), over de vraag of de verplichting tot het openbaar maken van de jaarrekening een inbreuk is op het ‘privéleven’ van een rechtspersoon. De Commissie komt aan de beantwoor-ding of de rechtspersoon ontvankelijk is niet toe, omdat de vordering reeds op ande-re gronden wordt afgewezen.

⁶⁵ EHRM 6 april 2000, no. 35382/97, (Comingersoll v. Portugal), par. 35-36.

⁶⁶ ECRM 21 oktober 1998, no. 28202/95 (Middelburg en Van der Zee en Het Parool v. Nederland) par. 1 (3e alinea). The word ‘victim’, in the context of Article 25 of the Convention, denotes the person directly affected by the act which is at issue (cf. ECRM 4 december 1995, no. 28204/95 (Tauria en 18 anderen v. Frankrijk) ‘The Commission examines only the personal situation of applicants and not the general scope of the laws applicable to them.’

⁶⁷ EHRM 15 juli 1982, no. 8130/76 (Eckle v. Duitsland), par. 66 (1).

⁶⁸ EHRM 27 juni 2000, no. 22277/93 (Ilhan v. Turkije), par. 51-55: ‘The Court has previously held in the context of Article 35 § 1 that the rules of admissibility must be applied with some degree of flexibility and without excessive formalism.’

⁶⁹ EHRM 19 maart 1991, no. 11069/84 (Cardot v. Frankrijk), par. 33.

klaagt over zijn eigen schade en de vraag wie die schade mag vorderen.⁷⁰ Dit heeft geleid tot het begrip ‘indirect victim’: dit zijn individuen die strikt gesproken zelf geen slachtoffer van een inmenging zijn, maar die een nauwe band hebben met de persoon tegen wie de gedraging, waarover wordt geklaagd, zich heeft gericht.⁷¹ Bijvoorbeeld wanneer iemand optreedt voor een persoon die een klacht zou kunnen hebben ingediend, maar die in staat van faillissement is verklaard en niet meer kan klagen, of iemand die is overleden.⁷²

Dit wil echter nog niet zeggen dat alle rechten die toekomen aan natuurlijke personen ook toekomen aan rechtspersonen. Dat is in veel gevallen ook niet mogelijk of wenselijk. Zo kunnen sommige rechten gezien hun aard niet van toepassing zijn op rechtspersonen. Hierbij valt te denken aan het recht op leven (artikel 2 EVRM). Zij zijn specifiek toegesneden op natuurlijke personen en kunnen op die grond niet op rechtspersonen van toepassing worden verklaard.⁷³ Overigens kunnen rechtspersonen wel drager van grondrechten zijn.⁷⁴ In het licht van zijn eigen jurisprudentie, alsmede de praktijk in diverse lidstaten, sluit het EHRM bijvoorbeeld de mogelijkheid niet uit dat commerciële ondernemingen een immateriële schadevergoeding wordt toegekend.⁷⁵ De grondslag hiervoor is dat het EVRM beoogt rechten te garanderen die praktisch en effectief zijn en dat deze dan ook op die wijze moeten worden geïnterpreteerd en toegepast.

Ten aanzien van het IVBPR ligt dat anders dan bij het EVRM. In de Preamble van het IVBPR wordt gesproken over de ‘onvervreembare rechten van de mensengemeenschap’, waarvan met betrekking tot de oorsprong van deze rechten wordt toegevoegd dat zij ‘voortvloeien uit de inherente waardigheid van de menselijke persoon’. In het Facultatief Protocol bij dit verdrag wordt alléén aan natuurlijke personen het particuliere klachtrecht toegekend. Hoewel op zich een onderscheid kan worden gemaakt tussen de omvang van het klachtrecht en de werkingssfeer van het verdrag, geeft dit wel een argument dat het IVBPR niet toepasselijk is op rechtspersonen.⁷⁶

⁷⁰ (Ilhan v. Turkije), par. 51-55: ‘the Court notes that whether or not the applicant can claim damages in his own right is separate from the consideration of whether he may validly introduce the application.’

⁷¹ Van Dijk -Van Hoof 2006, p. 56-58.

⁷² EHRM 22 juni 1999, no. 27693/95 (Çelikbilek v. Turkije) en EHRM 26 januari 1999, no. 38087/97 (Hibbert v. Nederland).

⁷³ F.A.R.S. Finaly, ‘Grondrechtsbescherming van rechtspersonen’, NJCM-Bulletin 16-12 (1991) p. 105-120.

⁷⁴ Bijlage Kamerstukken II 1975-1976, 13 872, nr. 3, p.11.

⁷⁵ EHRM 6 april 2000, no. 35382/97 (Comingersoll SA v. Portugal); NJ 2000, 612, par. 35.

⁷⁶ Zie hieromtrent A.L.J. van Strien, ‘Rechtspersonen en mensenrechten’, RM Themis 1996/1, p. 1 (i.h.b. p. 8).

Ook ten aanzien van de Grondwet ligt die vraag gecompliceerd.⁷⁷ Sommige grondrechten gelden slechts voor Nederlanders. Rechtspersonen en groepen personen zonder rechtspersoonlijkheid komen, afhankelijk van het grondrecht, wel een beroep op grondrechten toe maar speciale beperkingen kunnen gelden voor bijvoorbeeld gedetineerden (artikel 15 lid 4 Gw); voor ambtenaren en voor overheidsverbanden en overheidsbeambten.⁷⁸ Een publiekrechtelijk lichaam, zoals bijvoorbeeld een gemeente, komt daarmee in beginsel geen beroep op artikel 6 EVRM toe.⁷⁹ Twijfel kan rijzen indien het overheidslichaam niet optreedt in de uitvoering van een exclusieve publiekrechtelijke taak, maar als ondernemer.⁸⁰ Op de positie van rechtspersonen wordt in hoofdstuk 2 (bij artikel 8 EVRM) en hoofdstuk 3 (bij artikel 6 EVRM) nader teruggekommen.

1.10 Leeswijzer

De Faillissementswet kent drie afzonderlijke procedures: faillissement, surseance van betaling en de schuldsaneringsregeling voor natuurlijke personen. In het Voorontwerp wordt alleen gesproken over één (unitaire) insolventieprocedure. De term ‘insolventieprocedure’ wordt hierna ook gebruikt voor de drie procedures in de Faillissementswet. Deze termen worden door en naast elkaar gebruikt. Tenzij, in het kader van de te bespreken literatuur en jurisprudentie, ter voorkoming van misverstand, naar één van de afzonderlijke procedures moet worden verwezen. Met het oog hierop worden ook de termen ‘curator’ (in de faillissementprocedure) en ‘bewindvoerder’ (in de WSNP, de surseance van betaling en de insolventieprocedure) door en naast elkaar gebruikt, met de hiervoor genoemde restrictie. De gefailleerde zal in navolging van het Voorontwerp in alle procedures worden aangeduid als ‘de schuldenaar’. Grond- en mensenrechten worden ook fundamentele rechten genoemd. Fundamentele rechten en vrijheden kunnen naar hun bron worden onderscheiden. Grondrechten vinden hun oorsprong in nationale Grondwetten. Deze kunnen per land verschillen. Men spreekt over mensenrechten wanneer zij voortvloeien uit een (mensenrechten)verdrag. De grondwettelijke grondrechten en de verdragsrechtelijke mensenrechten bieden de burger zeker niet dezelfde bescherming. Dit houdt verband met de artikelen 94 Gw en 120 Gw. Hierna wordt alleen nog gesproken over ‘grondrechten’, omdat het steeds duidelijk zal zijn wat de oorsprong van het recht is.

⁷⁷ MvT, Kamerstukken II 1975/76, 13872, nr. 3, p. 11,12.

⁷⁸ HR 6 februari 1987, NJ 1988, 926 (Den Haag/Aral).

⁷⁹ Bijlage bij conclusie voor HR 22 april 2005, LJN AT 4483.

⁸⁰ EHRM 1 februari 2001 no. 55346/00 (Ayuntamiento de Mula v. Spanje).

HOOFDSTUK 2

Artikel 8 EVRM: het recht op respect van het privéleven

1. Eenieder heeft recht op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn huis en zijn correspondentie.
2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.¹

2.1 Inleiding

Het respect voor de persoonlijke levenssfeer is een essentiële voorwaarde voor een menswaardig bestaan en kan worden beschouwd als één van de grondslagen van onze rechtsorde. De tekst van artikel 8 lid 1 EVRM geeft vier onderscheiden grondrechten die hiermee verband houden. Zij erkent voor iedereen het recht op respect voor zijn privéleven, familie- en gezinsleven, zijn huis en zijn correspondentie. Net zoals artikel 6 EVRM (zie hoofdstuk 3) dat proceswaarborgen omvat, benoemt artikel 8 EVRM een aantal rechten die betrekking hebben op de individualiteit van de burger en waarvan de bescherming een ontplooiing van zijn persoonlijke vrijheid en zijn welzijn moet garanderen.² In artikel 8 lid 2 EVRM wordt een aantal uitzonderingen op de naleving van deze rechten gegeven. Een zelfde structuur ziet men bij enkele andere grondrechten. Dit brengt mee dat niet elke inbreuk in strijd met het EVRM is, maar dat indien een inbreuk wordt vastgesteld, aan de drie voorwaarden voor de beperking van het recht moet worden getoetst. Met andere woorden of de inbreuk is voorzien bij de wet (legaliteittoets), noodzakelijk is in een democratische samenleving (noodzakelijkheidtoets) en een legitiem doel nastreeft (legitimiteittoets), waarbij in de regel een afweging van belangen zal plaatsvinden.³ Artikel 8 lid 1 EVRM vertoont gelijkenis met artikel 12 UVRM⁴ en artikel 17 IVBPR. In vergelijking met artikel 8 lid 2 EVRM kent artikel 17 IVBPR enerzijds geen beperking tot 'enig openbaar gezag' en is daardoor van toepassing op de verhouding tussen burgers onderling. Anderzijds lijkt artikel 17 IVBPR minder bescherming tegen overheidsinmenging te bieden, nu het de beperkingen genoemd in artikel 8 lid 2 EVRM niet bevat. Artikel 8 EVRM speelt een grotere rol dan artikel 17 IVBPR.

¹ Trb. 1951, 154, p. 37-38. (Nieuwe tekst Trb. 1990, 156).

² Vande Lanotte-Haack 2-II, p. 711.

³ EHRM 24 november 1986, no. 9063/80 (Gillow v. Verenigd Koninkrijk), par. 55.

⁴ Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, Trb. 1959, p. 105; Nederlandse tekst, p. 111.

Dit verschil kan met name verklaard worden vanuit het verschil in sanctiesystematiek tussen het EVRM en het IVBPR.⁵ Aangezien artikel 8 EVRM en artikel 17 IVBPR in beginsel gelijke directe werking in de Nederlandse rechtsorde hebben, dient men zich te richten naar de bepaling die in de gegeven omstandigheden de meeste bescherming biedt.⁶ In de Nederlandse Grondwet zijn de hiermee overeenstemmende bepalingen te lezen in de artikelen 10-13 Gw.

2.2 Indeling van dit hoofdstuk

Dit hoofdstuk volgt de tekst van artikel 8 EVRM en is onderverdeeld in negen onderdelen: respect voor het privé-leven (2.3); respect voor het gezinsleven (2.4); respect voor het woonhuis (2.5); respect voor de correspondentie (2.6); de beperkingen van artikel 8 lid 2 EVRM (2.7); legaliteitstoets (2.8); legitimiteitstoets (2.9) en noodzakelijkheidstoets (2.10) en wordt afgesloten met enkele conclusies (2.11).

2.3 Respect voor het privéleven

Artikel 8 lid 1 EVRM en artikel 10 Gw beschermen de persoonlijke levenssfeer. Het is te beschouwen als een klassiek vrijheidsrecht. De beperking in artikel 10 lid 1 Gw, ‘behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen’ voorziet er in dat deze beperkingen voortvloeien uit een formele wet. Dit heeft voor wat deze rechten betreft plaatsgevonden in een aantal afzonderlijke wetten, zoals: de Wet bescherming persoonsgegevens, de Wet Politierregisters, de Wet gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens en de hierop gebaseerde uitvoeringsregelingen. Artikel 11 Gw beschermt de onaantastbaarheid van het lichaam. Het is verdedigbaar dat het in dit artikel beschermde recht reeds besloten ligt in de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van artikel 10 lid 1 Gw, zodat artikel 11 Gw daaraan wellicht niets toevoegt.⁷

⁵ Het IVBPR kent een individueel klachtrecht, dat is neergelegd in het Facultatief Protocol. Burgers kunnen zich met klachten over schendingen van in het IVBPR opgenomen rechten wenden tot het in Genève zetelende Mensenrechtencomité van de Verenigde Naties. Aan de oordelen van het Comité komt geen rechtskracht toe. Het zijn ‘zienswijzen’ (Eng. ‘views’). Het is geen gerechtelijk college en er worden geen arresten gewezen. Deze zienswijzen waren oorspronkelijk niet bedoeld als juridisch bindend. Het Mensenrechtencomité beschouwd zijn eigen ‘views’ wel als een einduitspraak over de merites van de klacht. Omdat de partijen bij het IVBPR de bedoeling hebben gehad dat het verdrag daadwerkelijk zou worden uitgevoerd wordt steeds gewezen op de verplichting van de staat om, in het licht van de bevindingen van het Comité actie te ondernemen en er voor te zorgen dat dergelijke schendingen in de toekomst niet meer voorkomen (Barkhuysen-Van Emmerik en Rieter 2008, p. 115).

⁶ De Boer 1990, p. 17.

⁷ Koekkoek 2000, p. 179.

2.3.1 Wat omvat het privéleven?

Privéleven, privacy of persoonlijke levenssfeer is een lastig te definiëren begrip. Het is zo veel omvattend dat het eigenlijk niet vatbaar is voor een goede omschrijving. Het EHRM heeft in elk geval nog geen definitie gegeven en heeft gezegd: ‘the court does not consider it possible or necessary to attempt an exhaustive definition of the notion of ‘private life’.⁸ Er is vrijwel niets in het leven van een mens dat niet op de één of andere manier een als privé te beschouwen aspect daarvan raakt. En er is nauwelijks enige inmenging van enig openbaar gezag met het doen en laten van mensen denkbaar dat op het privéleven geen invloed heeft. Een redelijke begrenzing zal door de rechtspraak, de wetgever en doctrine moeten worden gegeven. Het gaat enerzijds om de behoefte om in het persoonlijke leven over een zo groot mogelijke vrijheid te beschikken, anderzijds om de natuurlijke wens tot dat leven toebehorende aspecten niet aan de openbaarheid prijs te geven en af te schermen tegenover anderen die daarmee niets hebben te maken.⁹ Het omvat in elk geval de fysieke, psychische en sociale integriteit van de mens.¹⁰ Uit artikel 10 lid 1 en lid 2 Gw blijkt dat groot belang wordt toegekend aan de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Het recht op privacy is veelomvattend en wordt in de rechtspraak van het EHRM ruim uitgelegd en op verschillende manieren beschermd of geëerbiedigd. Het heeft daarmee een veel bredere strekking dan alleen de ongerechtvaardigde verwerking van persoonsgegevens in artikel 10 lid 2 en lid 3 Gw.¹¹

In de insolventieprocedure komt het recht op het respect voor het privéleven met name tot uiting in het respect voor de woning en de communicatie, maar in de eerste plaats misschien wel in het recht dat in insolventieprocedures het meest voor de hand ligt: het recht om het privéleven af te schermen van derden en om bepaalde, hoogst persoonlijke, informatie geheim te houden: de informatieve en communicatieve privacy.¹² Hoewel artikel 8 lid 1 EVRM dit recht beschermt, maakt het faillissement juist hierop een inbreuk.

2.3.2 De communicatieve of informatieve privacybescherming

De curator ontvangt op verschillende manieren informatie (inlichtingen) voor een specifiek doel, te weten de uitoefening van zijn wettelijke taak. De schulde-

⁸ EHRM 16 december 1992, no. 13710/88 (Niemietz v. Duitsland), par. 29, NJ 1993, 400 m.nt. EJD.

⁹ De Boer 1990, p. 62; NJB 1987, p. 836-837.

¹⁰ EHRM 29 april 2002, no. 2346/02 (Pretty v. Verenigd Koninkrijk), par. 61; EHRM 26 maart 1985, no. 8978/80 (X. en Y. v. Nederland), par. 22.

¹¹ Cuijpers 2007, p.8.

¹² EHRM 7 juli 1989 (Gaskin v. Verenigd Koninkrijk), par. 36-37 en EHRM 26 maart 1987, no. 9248/81 (Leander v. Zweden), betreffende inzage in dossiers. Ook: G.E. Kodedk, ‘The impact of the European Convention on Human Rights and Fundamental Liberties in Insolvency Proceedings’, p. 573 e.v.

naar kan er belang bij hebben dat de curator informatie ontvangt, zodat de boedel op een efficiënte en doeltreffende wijze wordt afgewikkeld. Dat dit op een goede wijze plaatsvindt is reeds voldoende reden dat de informatie wordt verstrekt en rechtvaardigt een inbreuk op de verschillende privacy rechten die in artikel 8 lid 1 EVRM zijn genoemd. Dit aspect van informatie uitwisseling komt hier eerst aan de orde.

Informatie voor de uitoefening van de wettelijke taak. De eigen (wettelijke) taak van de curator omvat het beheer en de vereffening van de boedel (artikel 68 lid 1 Fw). Deze algemene beheerstaak valt uiteen in een aantal nader omschreven activiteiten, zoals het bewaren van de boedel (artikel 92 Fw), het beschrijven en waarderen van de boedel en zijn bestanddelen (artikel 94 Fw) en het opmaken van een staat van baten en schulden (artikel 96 Fw).¹³ De grondslag voor deze bevoegdheid van de curator ligt in het faillissementsvonnis waarbij hij is aangesteld.¹⁴ Zo mag de curator de onderneming van de schuldenaar voortzetten (artikel 98 Fw), opent hij de aan de schuldenaar gerichte poststukken (artikel 99 Fw) en mag hij onder omstandigheden goederen vervreemden (artikel 101 Fw). De rechter-commissaris houdt daarop toezicht (artikel 64 Fw). In het Voorontwerp is de bewindvoerder belast met het bestuur van de boedel (artikel 4.2.1 lid 1 Voorontwerp) en houdt de rechter-commissaris toezicht op de algemene gang van zaken en beslecht daarbij geschillen (artikel 4.3.1 Voorontwerp). Het begrip ‘bestuur’ omvat meer dan ‘beheer’ en ‘vereffening’. De bewindvoerder is niet alleen bevoegd tot beheer, maar ook tot beschikking. Veelal zullen beschikkingshandelingen plaatsvinden in het kader van de vereffening van de boedel, maar ook in het kader van een reorganisatie kunnen beschikkingshandelingen nodig zijn. Het Voorontwerp stemt voor wat betreft deze veelomvattende taak van de curator geheel overeen met de Faillissementswet.¹⁵

De taak kan verder worden onderverdeeld in:

- Administratieve taken: bijvoorbeeld, het nemen van beslissingen in het kader van de verkoop van tot de boedel behorende activa, de voortzetting van de onderneming van de schuldenaar en andere commerciële beslissingen in het kader van de afwikkeling;
- Pseudorechtspraak met betrekking tot materiële rechten van de schuldeisers, bijvoorbeeld het erkennen of betwisten van vorderingen en zekerheidsrechten in het kader van de verificatievergadering.

In de insolventieprocedure kan worden onderscheiden, de informatie die:

- De curator tot zich neemt;
- Door de schuldenaar aan de curator wordt verstrekt;
- Door derden aan de curator wordt verstrekt;

¹³ Wessels, Insolventierecht IV, par. 4090.

¹⁴ Wessels, Insolventierecht IV, par. 4105.

¹⁵ Toelichting artikel 4.2.1 Voorontwerp.

- Door het horen van getuigen en deskundigen wordt verkregen;
- Door het huisbezoek en de postblokkade wordt verkregen.

Bij de uitoefening van zijn taak kan de curator de informatie gebruiken of weer openbaar (moeten) maken. Hier kan onderscheid worden gemaakt in informatie die door de curator wordt verstrekt aan:

- De (gezamenlijke) schuldeisers;
- De commissie uit de schuldeisers;
- Een individuele schuldeiser;
- Een derde;
- De schuldenaar;
- De rechter-commissaris.

Ook de rechter-commissaris kan op zijn beurt deze informatie weer doorgeven aan derden. Dit komt hierna aan de orde.

De curator neemt informatie tot zich. De Faillissementswet geeft de schuldenaar weinig mogelijkheden informatie voor zichzelf te behouden en geeft de curator, in het kader van het beheer en de vereffening van de boedel, ruime bevoegdheden informatie te vragen of anderszins tot zich te nemen. Artikel 92 Fw bepaalt dat de curator, direct na de aanvaarding van zijn betrekking, met alle nodige en gepaste middelen zorg draagt voor de bewaring van de boedel en onmiddellijk de bescheiden en andere gegevensdragers, gelden, kleinoden,¹⁶ effecten en andere papieren van waarde¹⁷ (tegen ontvangstbewijs) onder zich neemt. Dit artikel is opgenomen omdat voorkomen moet worden dat de schuldenaar goederen aan de boedel onttrekt of de boekhouding en andere gegevens verandert.¹⁸

Boekhouding en administratie. In de literatuur worden de termen boekhouding en administratie vaak naast of door elkaar gebruikt.¹⁹ Artikel 3:15 BW spreekt over het voeren van een administratie en het bewaren van de daartoe behorende boeken en bescheiden en andere gegevensdragers. Betekent dit dat ook de administratie aan de macht van de schuldenaar wordt onttrokken? Het woordgebruik is niet geheel duidelijk. In de oorspronkelijke tekst van artikel 92 Fw werd gesproken over ‘de boeken’, dat in 1920/21 werd vervangen door ‘bescheiden’²⁰ en in 1993 werd daaraan de ‘andere gegevensdragers’ toegevoegd.²¹ Met de term ‘andere gegevensdragers’ is gedacht aan moderne elektronische gegevensdragers (computers e.d.).²² Ingevolge artikel 2:10 lid 1 BW is het bestuur ver-

¹⁶ Kostbare voorwerpen, kunstvoorwerpen of lijfsieraden.

¹⁷ Dit zijn cognossementen, reçu's, orderbriefjes, celen, verzekeringspolissen, vervoersbewijzen, etc.

¹⁸ Van der Feltz II, p. 52.

¹⁹ Los bl. Fw, artikel 92; T&C Fw, artikel 92 Fw.

²⁰ Stb. 1922, 246.

²¹ Stb. 1993, 598.

²² Sluit aan op artikel 2:10 BW en artikel 3:15a BW.

plicht van de vermogenstoestand van de rechtspersoon en van alles betreffende de werkzaamheden van de rechtspersoon, naar de eisen die voortvloeien uit deze werkzaamheden, op zodanige wijze een administratie te voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze te bewaren, dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend. De op een gegevensdrager aangebrachte gegevens, uitgezonderd de op papier gestelde balans en staat van baten en lasten, kunnen op een andere gegevensdrager worden overgebracht en bewaard, mits de overbrenging geschiedt met juiste en volledige weergave van de gegevens en deze gegevens gedurende de volledige bewaartijd (thans 7 jaar) beschikbaar zijn en binnen redelijke tijd leesbaar kunnen worden gemaakt (artikel 2:10 lid 4 BW). De boekhouding is daarmee te beschouwen als een model van de onderneming waarin de financiële positie en de financiële mutaties worden vastgelegd. ‘Administratie’ is dan ook een ruimer begrip dan alleen de financiële administratie en het omvat mede de informatie die nodig is voor het waardevormingsproces, voor het nemen van beslissingen, voor de verantwoordelijkheidstelling van projecten, orders en activiteiten, voor het bijsturen van werkzaamheden en voor het voorbereiden van beslissingen.²³

Indien de curator de administratie en overige goederen in zijn macht heeft gebracht kan de rechter-commissaris omtrent de verdere bewaring nadere regels geven (artikel 102 Fw). Eindigt het faillissement door een akkoord of door executie van de boedel, dan geeft de curator de door hem bewaarde goederen, tegen behoorlijk bewijs van kwijting, terug aan de schuldenaar. Althans voor zover zij niet verkocht zijn (artikel 162 lid 2 Fw en artikel 193 lid 3 Fw). Gedurende deze periode (d.w.z. de periode tussen het in bewaring nemen en de teruggave) houdt de curator alle goederen onder zijn onmiddellijke bewaring tenzij door de rechter-commissaris een andere wijze van bewaring wordt bepaald.²⁴ Hoewel dit niet uitdrukkelijk is vermeld moet worden aangenomen dat de curator ook de administratie zelf onder zich houdt en, indien bij het akkoord hierover geen andere afspraken zijn gemaakt, ook alle boeken en papieren tot de boedel behorende aan het einde van het faillissement aan de schuldenaar teruggeeft. In de schuldsaneringsregeling is een zelfde bepaling opgenomen (artikel 323 Fw). Het verschil met faillissement is dat in faillissement de curator zondermeer bescheiden en andere gegevensdragers (en daarmee de administratie) onder zich neemt, terwijl in de schuldsaneringsregeling de bewindvoerder dit doet. Tenzij de rechter-commissaris anders bepaalt.²⁵

Informatie wordt door de schuldenaar aan de curator verstrekt. Op de schuldenaar rust de verplichting om voor de curator, de rechter-commissaris en de

²³ A.H. van der Boom, J.J. Bosma RA, F. van der Grift en R.D. Achaibersing RA ‘Comptabele informatie 2’, p. 39.

²⁴ Zo worden gelden in de regel op een faillissementsrekening bij een bank gestort.

²⁵ Verschoof 1998, p. 114.

commissie uit de schuldeisers (in het Voorontwerp de schuldeisercommissie genaamd) te verschijnen en alle inlichtingen te verschaffen (artikel 105 Fw). Op grond van de schakelbepaling in artikel 327 Fw is deze verplichting overgenomen in de WSNP, maar die lijkt ruimer. Tegen de achtergrond en de strekking van de schuldsaneringsregeling moet worden aangenomen dat, naast de uit de wet voortvloeiende informatieverplichtingen, ook een meer algemene verplichting bestaat tot het verschaffen van die inlichtingen, waarvan de schuldenaar weet of moet begrijpen dat zij in het belang zijn voor een doeltreffende afwikkeling van het schuldsaneringsregeling.²⁶ Bij een faillissement van een persoon die in gemeenschap van goederen is gehuwd of in gemeenschap van goederen een geregistreerd partnerschap is aangegaan, rust deze verplichting op ieder van de echtgenoten, onderscheidenlijk de geregistreerde partners, voor zover hij heeft gehandeld (artikel 105 j° 327 Fw). De beperking ‘voor zover hij heeft gehandeld’ geldt niet indien beide echtgenoten of geregistreerde partners in staat van faillissement verkeren. Bij het faillissement van een rechtspersoon is deze verplichting ook toepasselijk op de bestuurders en commissarissen (artikel 106 Fw). Naar moet worden aangenomen is dit artikel ook van toepassing op degene die, hoewel niet als zodanig is ingeschreven in het handelsregister, de bestuurstaak binnen de rechtspersoon daadwerkelijk en in volle omvang heeft uitgeoefend. Met artikel 106 Fw is voorzien in de leemte, dat bij het faillissement van een rechtspersoon er feitelijk niemand aansprakelijk is voor de op de schuldenaar rustende verplichtingen. Indien het bestuur van de schuldenaar berust bij een andere rechtspersoon brengt de strekking van dit artikel mee, dat het daarbij bepaalde van overeenkomstige toepassing is op de bestuurders van die rechtspersoon.²⁷ De verplichting blijft op de in gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoot of in gemeenschap van goederen geregistreerde partner, bestuurders en commissarissen rusten, ook indien zij na de faillietverklaring deze hoedanigheid verliezen.²⁸ Met bestuurder wordt gelijkgesteld de gedelegeerd commissaris die, hoewel niet als zodanig in het handelsregister is ingeschreven, de bestuursstaak binnen de vennootschap daadwerkelijk en in volle omvang heeft uitgeoefend.²⁹ In de artikelen 105 en 106 Fw ligt niet besloten dat de verplichting tot het verschaffen van inlichtingen is beperkt tot feiten waarvan de bestuurder kennis draagt uit hoofde van het bestuur van de gefailleerde rechtspersoon. Bijzondere omstandigheden kunnen aanleiding geven tot het oordeel dat de bestuurder niet tot het verstrekken van bepaalde inlichtingen gehouden is. Daarvan kan sprake zijn wanneer de gevraagde inlichtingen feiten betreffen die hem waren toevertrouwd in een niet met de gefailleerde rechtspersoon in verband staande functie en die hij wegens hun vertrouwelijke aard ook vóór het faillissement gehouden was niet aan die rechtspersoon te openbaren. Dit nog afgezien van de gevallen

²⁶ HR 15 februari 2002, NJ 2002, 259, m.nt. Wessels.

²⁷ Rb. Amsterdam 2 februari 1982, NJ 1982, 525.

²⁸ HR 17 november 1972, NJ 1973, 133.

²⁹ Rb. Den Bosch 9 september 1981, NJ 1982, 131; TVVS 1982, p. 127 m.nt. W.J.S.

waarin hem als getuige een verschoningsrecht toekomt.³⁰ Een verzoek van een schuldenaar om bij het verschaffen van inlichtingen (aan de rechter-commissaris) zijn raadsman toe te laten werd afgewezen.³¹ Indien de inlichtingen echter worden gebruikt voor het doen van aangifte (vgl. artikel 4.3.4 Voorontwerp en hoofdstuk 5) kan dit tot gevolg hebben dat het bewijs wordt uitgesloten.³² De beslissing om een raadsman al dan niet toe te laten vereist daardoor een zorgvuldige afweging.

De verplichting informatie te verstrekken rust op de schuldenaar alleen jegens de curator, de rechter-commissaris of de commissie uit de schuldeisers. Tijdens het faillissement kunnen schuldeisers niet in rechte vorderen dat de schuldenaar hun inlichtingen verschaft met betrekking tot vorderingen op de boedel.³³ Buiten faillissement is de schuldenaar overigens in beginsel wel verplicht om zijn schuldeiser, die een veroordeling tot betaling van een geldsom jegens hem heeft verkregen, inlichtingen omtrent zijn inkomens- en vermogenspositie en omtrent voor verhaal vatbare goederen te verschaffen (zie thans artikel 475g Rv). Binnen faillissement heeft een schuldeiser deze informatie niet meer nodig omdat hij zijn vordering toch niet meer kan executeren en deze bij de curator moet worden ingediend. Een vordering tot afgifte van een groot aantal justificatoire bescheiden aan een individuele schuldeiser was niet toewijsbaar. Dit recht op informatie en bescheiden komt na faillissement van de schuldenaar alleen toe aan de curator.³⁴

Informatie wordt door derden aan de curator verstrekt. Derden, die op hun beurt gehouden zijn informatie aan de schuldenaar te verstrekken, dienen deze, indien daarom wordt verzocht, ook aan de bewindvoerder te geven, tenzij de aard van de informatie – of de aard van de rechtsverhouding – zich daartegen verzet (artikel 4.2.4 Voorontwerp).³⁵ Deze bepaling komt in de Faillissementswet niet voor, maar wordt in de regel wel gevolgd. Zo verstrekken banken en verzekeraars informatie over bankrekeningen, bankkluizen, tegoeden en lopende verzekeringspolissen. Een advocaat, die een dossier voor de schuldenaar in behandeling heeft en waarop hij een retentierecht zou kunnen uitoefenen totdat zijn honorarium is voldaan, zal dit dossier toch aan de curator moeten afgeven. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat in het geval de curator in het belang van de boedel dient te beschikken over de dossiers en hij geen middelen heeft om de vordering van de advocaat te voldoen, het belang van de curator (in de regel) zwaarder zal wegen dan het belang van de advocaat. In dat geval zal een voortgezette uitoefe-

³⁰ HR 11 november 1994, NJ 1995, 151, m.nt. Maeijer; zie over dit arrest Hilverda, 'De omvang van de faillissementsrechtelijke inlichtingen plicht', TvI 1997, p. 11 e.v.

³¹ Rb. Rotterdam 13 februari 1990, NJ 1990, 724.

³² EHRM 7 november 2008, no. 36391/02 (Salduz v. Turkije).

³³ Hof Den Bosch 8 maart 1994, KG 1994, 210.

³⁴ HR 20 september 1991, NJ 1992, 552, m.nt. JBMV (Masson).

³⁵ Vgl. artikel 7:403 lid 1 BW. Op basis van deze informatieplicht kan de rechter-commissaris zijn (algemene) aanwijzingen baseren.

ning van het retentierecht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn.³⁶ Advocatendossiers kunnen niet geacht worden enige verkoopwaarde te hebben en lenen zich bovendien naar hun aard in redelijkheid niet voor verkoop op de voet van artikel 101 of artikel 176 Fw.³⁷ Daarenboven biedt het wettelijk stelsel geen ruimte voor de opvatting dat de retentor zich bij voorrang zou kunnen verhalen op (enig gedeelte van) bedragen die eventueel bij debiteuren van de schuldenaar worden geïncasseerd met behulp van de stukken waarop het retentierecht rust. Deze stukken moeten reeds op die grond aan de curator worden afgegeven.³⁸

Een curator heeft recht op inzage in de computer van een derde waarop mogelijk administratie van de schuldenaar aanwezig is. Uit de taakopdracht aan de curator kunnen bevoegdheden worden afgeleid, ook wanneer deze niet uitdrukkelijk in de wet zijn neergelegd.³⁹ Een wettelijke verplichting tot geheimhouding zal aan de bewindvoerder kunnen worden tegengeworpen. Problemen kunnen zich voordoen indien de informatie zich bevindt in een land waar de curator geen beroep kan doen op de Europese Insolventie Verordening. Zo zijn banken in Liechtenstein, maar ook in Panama of op Barbados in de regel weinig coöperatief. Een geheimhoudingsplicht kan een derde, zoals bijv. de AFM en de Nederlandse Bank ervan weerhouden de curator informatie te verschaffen. Er kan voor een derde een bijzondere exhibitieplicht bestaan op grond van artikel 843a Rv, maar een algemene exhibitieplicht bestaat niet.⁴⁰ Of de advocaat van de schuldenaar een informatieplicht heeft is twijfelachtig.⁴¹

Informatie via het horen van getuigen en deskundigen door de rechter-commissaris. De rechter-commissaris is bevoegd ter opheldering van alle omstandigheden het faillissement betreffende, getuigen te horen of een onderzoek van deskundigen te bevelen (artikel 66 Fw). De wetgever heeft het belangrijk geacht dat de rechter-commissaris de nodige macht bezit om, wanneer hem dit wenselijk voorkomt, een zo volledig mogelijk onderzoek in te stellen. Het is ruim geformuleerd: 'alle omstandigheden het faillissement betreffende', zonder enige verdere beperking. Het kan daarbij gaan om de oorzaak van het faillissement, het gedrag van de schuldenaar of de handelwijze van derden, die in (de periode voorafgaand aan) het faillissement een rol hebben gespeeld.⁴² De curator

³⁶ HR 15 april 1994, NJ 1995, 640, m.nt. WMK; Pres. Rb Rotterdam, 22 november 1994, KG 1994; R.P.J.L. Tjittes, 'Het retentierecht van de advocaat', TvI 1995, 2, p. 26; Pres. Rb. Utrecht 12 september 2006, JOR 2006, 280.

³⁷ Hof Amsterdam 28 december 1995, JOR 1996, 36.

³⁸ Pres. Rb. Utrecht 27 mei 1999, JOR 1999, 272 en Rb Utrecht 12 september 2006, JOR 2006, 280.

³⁹ Rb. Breda 31 juli 2008, JOR 2008, 254.

⁴⁰ Rb. Amsterdam 4 juli 2002, JOR 2002, 142 (Befra/AFM).

⁴¹ C. van de Meent, 'De curator en de advocaat', TvI 1998, 8, p. 177 e.v.

⁴² Van der Feltz II, p. 4.

kan op zijn beurt de rechter-commissaris vragen getuigen te horen. Dit wordt nader uitgewerkt in hoofdstuk 5.

Verstrekken van informatie aan de rechter-commissaris. De curator verstrekt de rechter-commissaris alle voor de uitoefening van diens taak benodigde of verlangde inlichtingen en geeft hem te allen tijde inzage in de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers, het faillissement betreffende (artikel 4.2.1 lid 3 Voorontwerp). Dit is niet expliciet in de Faillissementswet opgenomen, maar de verplichting wordt ook in faillissement aangenomen en wel op grond van artikel 64 Fw, de algemene toezichttaak van de rechter-commissaris. De rechter-commissaris moet die informatie immers ontvangen om hem in staat te kunnen stellen het toezicht uit te oefenen. Daarenboven kan iedere schuldeiser, de commissie uit de schuldeisers, maar ook de schuldenaar zelf, tegen elke handeling van de curator opkomen of een bevel uitlokken, dat de curator een bepaalde handeling verricht of een voorgenomen handeling nalaat (artikel 69 Fw). De rechter-commissaris heeft, om zich een oordeel te kunnen vormen, ook daarvoor de inlichtingen van de curator nodig.

Verstrekken van informatie aan de (gezamenlijke) schuldeisers. De curator moet ook informatie doorgeven aan de (gezamenlijke) schuldeisers. De curator brengt ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers, telkens na verloop van drie maanden, een verslag uit over de toestand van de boedel, dat ter griffie van de rechtbank wordt neergelegd ter kosteloze inzage van eenieder (artikel 73a Fw). Een standaard verslag is opgenomen als bijlage A-2 in de ReCoFa Richtlijnen 2009. Dit verslag omvat een boedelbeschrijving (artikel 94 Fw) en een staat van baten en lasten (artikel 98 Fw).⁴³ Dit gebeurt ter voorlichting, om die derden in staat te stellen de bewindvoerder van advies te dienen of hem te controleren. Onder omstandigheden kunnen (of moeten) de curator en de rechter-commissaris deze informatie aan schuldeisers verstrekken om ook dezen in staat te stellen zelf actie te kunnen ondernemen. Het openbaar verslag als bedoeld in artikel 73a Fw dient niet als een volledige verantwoording van de afwikkeling van de boedel. Curatoren zijn die verantwoording verschuldigd aan de rechter-commissaris die met het toezicht op het beheer en de vereffening van de failliete boedel is belast.⁴⁴

Verstrekken van informatie aan de commissie uit de schuldeisers. De (voorlopige) commissie uit de schuldeisers kan, gelijk de rechter-commissaris te allen tijde raadpleging van de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers, op het faillissement betrekking hebbend, vorderen. De curator is verplicht aan deze commissie alle van hem verlangde inlichtingen te verstrekken (artikel 76 Fw).

⁴³ De bewindvoerder brengt, telkens na verloop van drie maanden, een verslag aan de rechter-commissaris uit over de toestand van de boedel. Dit verslag ligt bij de griffie van de rechtbank ter inzage van eenieder. Ook deze termijn kan door de rechter-commissaris worden verlengd (artikel 73a Fw en artikel 4.2.13 Voorontwerp).

⁴⁴ HR 21 januari 2005, NJ 2005, 249 m.nt. PvS (Jomed).

Een soortgelijke verplichting is in artikel 4.4.5 van het Voorontwerp opgenomen, met dien verstande dat de bewindvoerder op grond van zwaarwegende belangen kan weigeren aan dit verzoek te voldoen, op dezelfde wijze als de rechter-commissaris kan weigeren derden informatie te verstrekken. De commissie uit de schuldeisers kan de beslissing van de rechter-commissaris inroepen indien de curator zich niet kan verenigen met de wens om bepaalde boeken, bescheiden en andere gegevensdragers te raadplegen of om bepaalde inlichtingen te krijgen. Er bestaat voor hen echter geen onbeperkt recht op informatieverstrekking.⁴⁵ De curator kan er voor kiezen de commissie informatie te verschaffen onder geheimhouding of onder de verplichting deze informatie, op eerste verzoek, terug te geven. Dit kan bijvoorbeeld indien die informatie, bij openbaarmaking, de reputatie of de privacy van andere betrokkenen kan schaden. De commissie uit de schuldeisers mag deze informatie dan alleen gebruiken voor hun eigen taak: het adviseren van de curator.⁴⁶

Verstrekken van informatie aan een individuele schuldeiser. In de Jomed-zaak oordeelde de Hoge Raad dat de procedure op grond van artikel 69 Fw kon worden gevolgd om invloed uit te oefenen op het beheer van de boedel. De Hoge Raad oordeelde ook dat, gelet op het stelsel van de Faillissementswet – in het bijzonder in verband met het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers – moet worden aangenomen dat, naast de specifieke bepalingen met betrekking tot het verschaffen van inlichtingen en de mogelijkheid op de voet van artikel 69 Fw de curator te nopen tot het verstrekken van inlichtingen omtrent het beheer en de vereffening van de boedel, er in beginsel geen plaats is voor een uit het ongeschreven recht voortvloeiende verplichting van de curator aan een individuele schuldeiser de door deze gewenste inlichtingen te verstrekken en verantwoording af te leggen.⁴⁷ Bij de beantwoording van de vraag of de rechter-commissaris de curator ingevolge artikel 69 Fw behoort te bevelen aan de schuldeisers bepaalde informatie te verstrekken, moet een belangenafweging worden gemaakt, waarin niet alleen de belangen aan de zijde van de boedel en/of de curator bij het niet verstrekken van informatie, maar ook de belangen van schuldeisers bij het wel verstrekken daarvan moeten worden betrokken. Hierbij kan worden gedacht aan het geval dat de gewenste informatie op andere wijze, kan worden verkregen. De schuldeiser dient met het oog op deze belangenafweging vooraf aan te geven waarom hij de verlangde informatie nodig heeft en welk belang hij daarbij heeft.

Voor zover het gaat om informatieverstrekking aan individuele schuldeisers kan nog worden verwezen naar artikel 3:15j BW en artikel 843a Rv, indien deze schuldeiser de informatie verzoekt met betrekking tot een rechtsbetrekking

⁴⁵ R.D. Vriesendorp, AAe 2005, p. 254; R. J. Abendroth, in zijn noot onder HR 21 januari 2005, JOR 2005, 105 (HFTP Investment LLC/ Curatoren Jomed).

⁴⁶ Zie in dit kader ook Rb Haarlem 15 januari 2007, LJN AZ6187 (Curatoren KPN Qwest/Citibank en Cargill).

⁴⁷ HR 21 januari 2005, JOR 2005, 105.

waarbij hij partij is.⁴⁸ Een verzoek op basis van de artikelen 3:15j BW en/of 843a Rv kan toewijsbaar zijn, maar ingevolge deze bepalingen is ook een belangenafweging vereist. Een door de curator gesteld belang om de gevraagde stukken níét vrijwillig resp. zónder aandringen op rechterlijke belangenafweging op de voet van de artikelen 3:15j BW en/of 843a Rv te verstrekken, kan zijn de vrees dat vrijwillig handelen zijnerzijds een actie uit onrechtmatige daad van de bestuurders jegens de boedel teweeg zou kunnen brengen.⁴⁹ Zo werd een verzoek van de schuldeiser om informatie teneinde de bestuurder van de gefailleerde rechtspersoon aan te spreken afgewezen. Dit verzoek kan op basis van de artikelen 3:15j BW en/of 843a Rv wel toewijsbaar zijn,⁵⁰ maar indien de curator weigert de informatie ter beschikking te stellen moeten bij toewijzing van het verzoek de wederzijdse belangen in ogenschouw worden genomen.

Verstrekken van informatie aan de (stille) pandhouder. Soms vraagt de stille pandhouder de curator behulpzaam te zijn bij het incasseren van verpande vorderingen indien de pandhouder onvoldoende informatie heeft om mededeling te doen of om de titel van de vordering te onderzoeken. In de overeenkomst tot verpanding is vrijwel steeds een bepaling opgenomen dat de schuldenaar deze informatie verstrekt als de pandhouder deze informatie (in de regel de n.a.w. gegevens) niet bezit.⁵¹ Indien de vordering tot medewerking na insolventie van de pandgever/schuldenaar tegen de curator wordt ingesteld, wordt hier wel eens een star en afwijzend standpunt ingenomen,⁵² waarbij men zich kennelijk laat leiden door de stelling dat de separatist nu eenmaal zelf heeft gekozen voor een bijzondere positie waarbij hij zich buiten de boedel om kan verhalen, zodat hij zich dan ook niet vervolgens tot de boedel moet wenden voor hulp van de cura-

⁴⁸ Zie ook: R. Mulder, 'De curator in spagaat; balanceren tussen informatieverplichting, conflicterende belangen, geheimhouding en privacy', Insolad jaarboek 2007: 'De integrale curator'.

⁴⁹ HR 23 maart 2007, LJN BA0575.

⁵⁰ HR 21 januari 2005, NJ 2005, 250, m.nt. PvS, rov. 4.2.

⁵¹ Zie: G.J.P. Molkenboer, 'Hof Amsterdam 15 januari 2004 (HFTP Investment e.a./Schimmelpenninck en Van Sint Truiden q.q.)', TvI 2004, 26, p. 115, als reactie op G.C. van Daal, in TvI 2004, 26, p. 117; G.J.P. Molkenboer en A.J. Verdaas, 'Stille verpanding van vorderingen en de informatieplicht van de curator jegens de pandhouder', TvI 2002, p. 205 e.v.; G.C. van Daal, 'Van overlegging naar openlegging: artikel 3:15b BW een doos van Pandora?', TvI 2003/4, p. 84 e.v.; A. van Hees, 'Stille verpanding van vorderingen en de informatieplicht van de curator jegens de pandhouder, een reactie', TvI 2002, p. 212 e.v.; R.M. Avezaat, 'de informatieplicht van de curator ex artikel 3:15j BW', JIF&Z, juni 2007, nr. 6, p. 227 e.v.

⁵² Hof Den Haag 25 september 2007, JOR 2007, 287, m.nt. W.J.M. van An del (Hamm/ABN AMRO), hoger beroep van Rb Dordrecht 6 februari 2002, JOR 2002, 36. Zie ook: noot Faber onder HR 21 december 2001, JOR 2002, 38, die dit oordeel van de rechtbank juist acht. Zijn inziens betreft het hier een bevoegdheid van de pandhouder, dat deel uitmaakt van de inhoud van het pandrecht en als een 'sequeel' is te beschouwen van artikel 3:239 lid 3 BW.

tor.⁵³ Dit standpunt wordt verdedigd door Verstijlen in zijn dissertatie en hij heeft dit later herhaald.⁵⁴

Artikel 3:15j sub b BW houdt voor de curator (in beginsel) een verplichting in om desgevorderd informatie van de schuldenaar aan een schuldeiser te verstrekken door openlegging van de boekhouding van deze schuldenaar.⁵⁵ De pandhouder kan, op grond van artikel 69 Fw, ook de weg via de rechter-commissaris volgen en een beroep doen op de bijzondere positie die de curator nu eenmaal inneemt.⁵⁶ De ‘Insolad Praktijkregels voor curatoren’ schrijven voor dat de curator de pand- en hypotheekhouders in staat moet stellen hun rechten uit te oefenen. Goed curatorschap brengt dat mee (artikel 2.8.2 Praktijkregels). Men zou ook kunnen zeggen dat de curator zich redelijk en billijk moet opstellen, uiteraard op voorwaarde dat de pandnemer de kosten voldoet.⁵⁷ Overigens wordt opgemerkt dat aan de weg via artikel 3:15 j sub d BW en artikel 69 Fw beperkingen verbonden zijn.⁵⁸

Verstrekken van informatie aan een derde. Een derde kan zijn de officier van justitie, indien de curator er voor kiest aangifte te doen, of een toezichthoudende instantie, indien daarvoor een (wettelijke) verplichting bestaat, bijvoorbeeld om de beursnotering van de failliete rechtspersoon in stand te houden. Een derde, die zich niet op grond van artikel 69 Fw tot de rechter-commissaris kan wenden, zal in de regel geen informatie kunnen ontvangen. Ook niet indien hij meent dat bij het beheer over de failliete boedel door de curator fouten worden gemaakt.

⁵³ Verstijlen 1998 onder meer p. 197 e.v., die zegt: ‘zoals het uitgangspunt van de Faillissementswet is dat de curator geen bevoegdheden heeft over goederenrechtelijke rechten van derden, heeft de curator in beginsel geen taak tegenover deze derden. Zij kunnen – en moeten – hun eigen belangen behartigen. De curator hoeft niet de belangen van deze derden met hun goederenrechtelijk recht te behartigen, maar staat als behartiger van de belangen van de gezamenlijke schuldeiser juist vaak tegenover hen in het strijdperk. (Zie HR 3 juni 1910, W. 9017 en HR 30 september 1976, NJ 1977, 585)’. Anders, B. Wessels in zijn afscheidsrede 2008.

⁵⁴ F.M.J. Verstijlen, ‘Een volgend stukje in de puzzel van het pandrecht’, TvI 2007, 32, p. 161.

⁵⁵ Conclusie A-G Wuisman (Hamm/ABNAMRO Bank).

⁵⁶ Zie ook conclusie A-G Huydecoper voor HR 21 januari 2005, NJ 2005, 249 m.nt. PvS en NJ 2005, 250 m.nt. PvS.

⁵⁷ HR 5 september 1997, JOR 1997,102; zie ook het vonnis van de Rb. Den Haag, 6 juni 1993, NJ 1995, 205 (Tulip Computers Nederland B.V./Tiethoff en Rosenberg Polak q.q.). Curatoren hebben een zorgplicht ten aanzien van leveranciers onder eigendomsvoorbehoud, die hun geleverde goederen uit de boedel willen terugnemen. De redelijkheid en billijkheid brengen mee dat curatoren de kosten die zij moeten maken worden vergoed en deze worden betaald door degenen in wiens belang die kosten zijn gemaakt. Een andere opvatting leidt tot het – in de ogen van de rechtbank – onaanvaardbare resultaat dat de schuldeisers met een vordering op de (failliete) boedel, kosten voor hun rekening zouden moeten nemen die niet ten behoeve van de boedel zijn gemaakt.

⁵⁸ Zie in dit kader ook W.M.T. Keukens, ‘Beschouwingen n.a.v. A.J. Verdaas, ‘Stil pandrecht op vorderingen op naam’, TvI 2009, 7, p. 31.

Recht op informatie? Er bestaat geen algemeen recht op informatieverstrekking. Op de curator rust zelfs niet eens de verplichting schuldeisers van de uitspraak van faillietverklaring in kennis te stellen, maar deze verplichting is wel opgenomen in artikel 40 IVO, voor zover de schuldeisers hun gewone verblijfplaats, woonplaats of zetel in een andere lidstaat hebben. Zo bestaat er evenmin een waarschuwingsplicht voor de curator.⁵⁹

In dit kader is opmerkelijk de uitspraak waarin een curator delen van de administratie, waaronder klantenlijsten, die hij op grond van artikel 102 Fw in bewaring had genomen (om na afloop van het faillissement weer aan de schuldenaar terug te geven) had verstrekt aan een de curator bekende advocaat. Hierbij niet optredend namens een schuldeiser, om hem, bij wijze van vriendendienst, te helpen in een procedure waarbij de boedel geen partij was of belang had. De rechtbank keurde het beleid van de curator goed. Het verzoek kwam immers van een hem bekende advocaat, zodat hij daar welwillend tegenover mocht staan. De uitspraak werd gesanctioneerd door het Hof hetgeen bevreemdt. Artikel 8 EVRM, waarmee dit mijns inziens in strijd is, wordt in het arrest niet genoemd, de partij wiens informatie het betrof werd niet gehoord en het beleid van de curator werd niet aan artikel 8 EVRM getoetst.⁶⁰

Het verstrekken van informatie aan de schuldenaar. De schuldenaar heeft ook zelf recht op informatie. Dit volgt uit Artikel 10 lid 1 EVRM (Vrijheid van meningsuiting) dat onder meer zegt:

‘Eenieder heeft recht op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen.’

Het recht om informatie te ontvangen is niet absoluut en kan aan beperkingen worden onderworpen.⁶¹ De vraag of personen met een bijzondere wettelijke

⁵⁹ V.w.b. de mogelijkheid dat bodembeslag wordt gelegd. Gemeensch. Hof van Justitie v.d. Ned. Antillen en Aruba 9 december 2008, LJN BH6237.

⁶⁰ Rb. Almelo 18 oktober 2006, JOR 2007, 56, en Hof Arnhem 11 september 2007, JOR 2007, 316, m.nt. S.M. Bartman.

⁶¹ EHRM 4 mei 1987, no. 12040/87 (M. v. Verenigd Koninkrijk), par. 2: ‘The applicant also complains that the Inland Revenue have violated his right to receive information guaranteed under Article 10 of the Convention by refusing to supply him with capital statements prepared by his tax inspector which he alleged would have enabled him to challenge the tax assessments before the Inland Revenue Commissioners. In this regard the Commission recalls that the Court has recently given consideration to the scope of Article 10 with regard to the freedom to receive information. In the Leander judgment of 26 March 1987, par. 74), the Court said: “... that the right to freedom to receive information basically prohibits a Government from restricting a person from receiving information that others wish or may be willing to impart to him. Article 10 does not, in circum-

status, zoals de schuldenaar, aanspraak op eerbiediging van grondrechten kunnen maken wordt in het algemeen bevestigend beantwoord. Beperking van hun rechten moet berusten op de in deze rechten omschreven voorwaarden. Toch lijken impliciete beperkingen van het recht op een eerlijke berechting of op het ontvangen van informatie toelaatbaar, zeker als men ervan uitgaat dat de schuldenaar als gevolg van het faillissement 'een persoon in een bijzondere rechtspositie' is (zie EHRM in de zaak-Winterwerp v. Nederland).⁶² Een verzoek van de schuldenaar om afgifte van een kopie van het proces-verbaal van zijn verhoor werd afgewezen.⁶³ Evenmin heeft de schuldenaar volledig inzage in de niet openbare stukken in het faillissementsdossier.⁶⁴ Artikel 10 EVRM vermeldt zodanige beperkingsgronden niet uitdrukkelijk. De schuldenaar die toegang tot het niet openbare gedeelte in het faillissementsdossier wenste had zich in verband met zijn recht op informatie beroepen op de Wet Openbaarheid van Bestuur (WOB) en de Wet op de persoonsregistraties. De Hoge Raad achtte deze niet van belang en oordeelde dat vooropgesteld moet worden dat de Faillissementswet geen recht op inzage van het gehele procesdossier toekent. Een beroep op (analoge) toepassing van de WOB kon niet slagen, omdat – nog los van het feit dat de bijzondere regeling van de Faillissementswet derogeert aan de algemene regeling van de WOB – deze zich richt tot bij algemene maatregel van bestuur aangewezen bestuursorganen. De rechter-commissaris, belast met de behandeling van faillissementen, behoort daar niet toe. Er bestaan dan ook geen gronden om de WOB, rechtstreeks of analoog, toe te passen. Dat wil echter niet zeggen dat de schuldenaar elke inzage van de niet openbare stukken in het faillissementsdossier ontbeert. Een verzoek daartoe moet door de rechter worden beoordeeld aan de hand van een afweging van het belang van de schuldenaar bij inzage tegen de eventuele belangen die zich tegen inzage verzetten. Uit de motivering van een eventuele afwijzing van het verzoek moet blijken dat deze afweging heeft plaatsgevonden. Beperking kan gerechtvaardigd zijn, zoals bij een vermoeden van frauduleus handelen door de schuldenaar of wanneer de privacy van derden in het gedrang dreigt te komen.⁶⁵ Ik meen dat de Hoge Raad hier te terughoudend is. Indien er een vermoeden van frauduleus handelen bestaat, is dit reden te meer om de schuldenaar juist wel inzage te verschaffen, althans hem daarover te informeren.

Voor het recht op informatie geeft de Faillissementswet dus beperkingen, maar het EVRM is wel van belang. In het bijzonder de arresten in de zaak Leander v.

stances such as those of the present case, confer on the individual a right of access to a register containing information on his personal position, nor does it embody an obligation on the Government to impart such information to the individual”.

⁶² EHRM 24 oktober 1979, no. 6301/73 (Winterwerp v. Nederland), par. 75, NJ 1980, 114.

⁶³ Rb. Rotterdam 12 november 1992, NJ 1993, 464.

⁶⁴ HR 22 september 1995, NJ 1997, 339, m.nt. EAA; commentaar H.P.J. Ophof in TVVS, nr. 3, p. 80-81, en HR 27 april 2001, LJN AB1339.

⁶⁵ HR 22 september 1995, NJ 1997, 339, m.nt. EAA.

Zweden⁶⁶ en in de zaak *Gaskin v. Verenigd Koninkrijk*.⁶⁷ Deze arresten gaan in op het recht op informatie betreffende de eigen persoonsgegevens krachtens artikel 8 EVRM. In artikel 10 EVRM is geen positieve verplichting voor de overheid opgenomen om inlichtingen te verschaffen. Toch lijkt mij een verbod op kennisname door de schuldenaar van informatie die hem zelf betreft niet juist. De schuldenaar moet het niet openbare gedeelte van zijn faillissementsdossier mijns inziens altijd mogen inzien. Het niet mogen inzien is in strijd met artikel 8 EVRM. Een verbod moet bij de wet zijn voorzien. Dat is thans niet het geval.⁶⁸

Verstrekken van informatie door rechter-commissaris aan derden. De rechter-commissaris kan onder omstandigheden, wanneer in redelijkheid kan worden aangenomen dat het belang van de betrokken boedel dit meebrengt, het tot zijn taak rekenen aan derden inlichtingen te verstrekken omtrent in zijn functie ter kennis gekomen feiten of door hemzelf ondernomen handelingen. Een derde kan ook zijn de officier van Justitie (artikel 4.2.14 Voorontwerp). Wel zal hij, afhankelijk van de aard van de feiten waaromtrent hij overweegt inlichtingen te geven, en met name wanneer die feiten het persoonlijk leven of de reputatie van een derde raken, het belang van de betrokkene bij de bescherming daarvan moeten afwegen tegen het belang van de boedel dat met de informatieverstrekking is gemoeid. Overweegt hij laatstgenoemd belang, dan zal hij bij het kiezen van de wijze waarop informatie wordt verstrekt, zoveel mogelijk met de belangen van de betrokkene rekening moeten houden.⁶⁹

De privacybescherming van schuldeisers en derden. De curator past terughoudendheid bij het openbaar maken van de informatie die hij verzamelt, zelfs indien alle schuldeisers het recht hebben van die informatie kennis te nemen. Veel informatie verschijnt heden ten dage op internet. Fysieke publicatie (bijvoorbeeld door het ter inzage leggen bij de griffie) brengt een zekere beperking mee voor kennisneming daarvan, naar plaats, tijd en kring van betrokkenen die daarvan gebruik zullen maken. Het plaatsen van lijsten van schuldeisers, met n.a.w. gegevens, de aard van de vordering of de reden van betwisting op internet, kan onder omstandigheden praktisch zijn en de transparantie vergroten, maar zolang de wet nog niet uitgaat van publicatie van deze gegevens op internet kan het in strijd komen met artikel 9 Wbp (onverenigbaar gebruik) en artikel 11 Wbp (bovenmatigheid). Het publiceren van de lijsten van schuldeisers op het internet, de (openbare) verslagen en onderzoeksresultaten kan door de curator worden gebaseerd op artikel 8, onder f, Wbp. Hierin is bepaald dat persoonsgegevens mogen worden verwerkt wanneer dit noodzakelijk is voor de behartiging van een gerechtvaardigd belang van de verantwoordelijke of van een derde aan wie de

⁶⁶ EHRM 26 maart 1987, no. 9248/81 (*Leander v. Zweden*).

⁶⁷ EHRM 7 juli 1989, (*Gaskin v. Verenigd Koninkrijk*), NJ 1991, 659, m.nt. EJD.

⁶⁸ Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State 9 juni 1994, AB 1995, 238 over de afwijzing van een verzoek om inzage in eigen BVD dossier.

⁶⁹ HR 23 mei 1991, NJ 1991, 692.

gegevens worden verstrekt, tenzij het belang van de betrokkene, in het bijzonder diens recht op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, prevaleert. Het begrip ‘noodzakelijk’ noopt tot een proportionaliteitstoets. De betrokkene kan daarnaast tegen de verwerking op grond van artikel 8, onder f, Wbp ingevolge artikel 40 lid 1 Wbp te allen tijde verzet aantekenen in verband met zijn persoonlijke omstandigheden, indien desalniettemin tot publicatie van deze gegevens op internet wordt overgegaan. In verband met de proportionaliteitstoets en, gelet op artikel 9 Wbp, rust op de bewindvoerder de verplichting ervoor zorg te dragen dat de mogelijkheden tot onverenigbaar gebruik van de gegevens wordt verhinderd.⁷⁰

In dit kader is ook van belang het e-mailverkeer dat de curator aantreft van het personeel van de schuldenaar. Artikel 8 EVRM beschermt het individu niet alleen tegen privacy aanspraken door de overheid, maar ook wanneer deze afkomstig zijn van particulieren, zoals werkgevers, maar ook de curator.⁷¹ Inzage in en verdere verspreiding van het e-mailverkeer van werknemers door de curator dient te voldoen aan de eisen zoals deze worden gesteld in de Wbp. Het zou aanbeveling verdienen indien het College bescherming persoonsgegevens, tezamen met Recofa of Insolad tot afspraken komen op welke wijze de curator de persoonsgegevens van de belanghebbenden moet verzamelen, vastleggen, bewaren of op de één of andere manier ter beschikking mag stellen van derden.

De privacybescherming van de schuldenaar. De curator zal altijd terughoudendheid moeten betrachten indien hij informatie over de schuldenaar in de openbaarheid brengt. Indien bijvoorbeeld uit de lijst van schuldeisers zou blijken dat de kosten van medische zorg niet zijn voldaan dan geeft dit mogelijk informatie prijs over de ziekten waaraan de schuldenaar lijdt. Dit is informatie die de schuldenaar niet aan derden hoeft te geven. Indien de curator ten behoeve van een civiele procedure van de officier van justitie een uittreksel uit een strafdossier krijgt mag hij derden daarvan geen inzage verstrekken en zeker niet indien delen daarvan kunnen worden gepubliceerd, tenzij daartoe een dringende noodzaak, voortvloeiend uit zijn taak als curator, bestaat.⁷²

2.4 Respect voor het gezinsleven

Het spreekt voor zich dat, indien de insolventie inbreuk maakt op het privéleven van de schuldenaar, dit tevens een inbreuk zal zijn op zijn gezinsleven. Het gaat bij een gezin om relaties tussen volwassenen en kinderen, tussen volwassenen

⁷⁰ Standpunt College Bescherming Persoonsgegevens, brief van 18 april 2007; Zie ook: B.J. Engberts, ‘Faillissementsverslagen op internet: zijn we op de goede weg?’, TvI 2008, 48, p. 295, en A.J. Haasjes, ‘De curator en de Wbp’, TvI 2008, p. 9.

⁷¹ Zie het rapport ‘Goed werken in netwerken, opgesteld en uitgegeven door het College Bescherming persoonsgegevens, p.19 (www.cbp.nl).

⁷² Rb. Rotterdam 18 mei 1995, KG 1995, 254.

onderling of tussen kinderen onderling.⁷³ Het recht op bescherming van het gezinsleven of familieleven kan worden ingeroepen door alle rechtssubjecten die de facto een gezin vormen. Het begrip gezinsleven wordt ook toegepast op niet-traditionele gezinssituaties.⁷⁴ Het huwelijk of geregistreerd partnerschap is weliswaar een veel voorkomende verschijningsvorm, maar zeker niet de enige. Er kunnen twee criteria worden gehanteerd om tot het bestaan van een gezinsleven te besluiten: bestaat er een band van bloed- of aanverwantschap en is deze gezinsband voldoende hecht?⁷⁵ Het begrip 'gezinsleven' beperkt zich dus niet alleen tot gezinnen die op het huwelijk zijn gebaseerd, maar kan ook andere feitelijke relaties omvatten.⁷⁶

2.5 Respect voor de woning

De bescherming van de woning is gericht op het respect voor de persoonlijke vrijheid en het welzijn van de mens.⁷⁷ Dit grondrecht strekt tot bescherming van het ongestoord gebruik van de woning en derhalve niet tot bescherming van de eigendom⁷⁸ of de huur daarvan.⁷⁹ Dit komt overeen met de bescherming van de woning in artikel 12 lid 1 Gw. Dit beschermt het privéleven of huiselijk leven in de woning en stelt nadere regels voor het betreden van die woning door overheidsfunctionarissen. Het 'grondrecht van de onschendbaarheid van de woning' beschermt de huisvrede, hetgeen wil zeggen, het ongestoord verblijf in een ruimte die tot exclusief verblijf voor een persoon of een beperkt aantal personen ingericht en bestemd is. Ruimten bestemd voor bewoning zijn als woning te beschouwen voor zover ze als zodanig in gebruik zijn. De wil om te bewonen is

⁷³ C. Forder, 'Het gezin in international verdragen', RM Themis, nr. 4, p. 131-144.

⁷⁴ EHRM 18 december 1986, no. 9697/82 (Roy Johnston, Janice and Nessa Williams-Johnston v. Ierland), par. 55: 'The principles which emerge from the Court's case-law on Article 8 include the following:

(a) By guaranteeing the right to respect for family life, Article 8 presupposes the existence of a family (see the Marckx judgment par. 31);

(b) Article 8 applies to the 'family life' of the 'illegitimate' family as well as to that of the 'legitimate' family;

(c) Although the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary interference by the public authorities, there may in addition be positive obligations inherent in an effective 'respect' for family life. However, especially as far as those positive obligations are concerned, the notion of 'respect' is not clear-cut: having regard to the diversity of the practices followed and the situations obtaining in the Contracting States'.

⁷⁵ ECRM 7 oktober 1986, no. 10730/84 (A. en R. Berrehab v. Nederland), par. 71; NJCM-Bulletin 1988, p. 449-457, m.nt. H. Steenbergen.

⁷⁶ EHRM 13 juni 1979, no. 6833/74 (P. en A. Marckx v. België), par. 45.

⁷⁷ EHRM 24 november 1986, no. 9063/80 (Gillow v. Verenigd Koninkrijk), par. 55; EHRM 25 september 1996, no. 20348/92 (June Buckley v. Verenigd Koninkrijk), par. 76, NJ 1997, 555.

⁷⁸ EHRM 18 december 1996, no. 15318/89 (Loizidou v. Turkije), NJB 1997, p. 1178.

⁷⁹ Kamerstukken II 1984/85, 19 073, nr. 3, p. 20.

onvoldoende.⁸⁰ Wie ‘bewoner’ is, wordt afgeleid van het begrip woning: bewoner is eenieder die de woning in gebruik heeft. Een woning kan dus meer bewoners hebben. In het kader van ‘zonder toestemming van de bewoner’ prevaleert de weigering van toestemming van de ene bewoner boven toestemming van andere bewoners. De vormvoorschriften genoemd in het tweede en derde lid van dit artikel zijn nader uitgewerkt in de uitvoeringswet, de Algemene wet op het binnentreden (Awbi).⁸¹

Binnentreden. De bevoegdheid tot binnentreden van de woning door de curator is neergelegd in artikel 93a Fw: ‘de curator heeft toegang tot elke plaats, voor zover dit redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is.’ Dat betekent ook dat de curator zijn toegang tot die plaatsen onder omstandigheden moet kunnen afdwingen. Hij kan zijn werk immers niet verrichten indien hem de toegang tot bijvoorbeeld het woonhuis of het kantoor van de schuldenaar door deze of anderen kan worden ontzegd.⁸² Indien de schuldenaar een rechtspersoon is heeft de curator geen recht op toegang tot de woning van de bestuurder en evenmin tot die van schuldeisers of derden. De rechter-commissaris is bevoegd tot het geven van een machtiging als bedoeld in artikel 2 Awbi.⁸³ De machtiging tot binnentreden is ondertekend en vermeldt de naam en hoedanigheid van degene die de machtiging heeft verstrekt, de wettelijke bepalingen waarop deze berust, de naam en hoedanigheid aan wie hij is gegeven en het doel waartoe wordt binnengetrokken. De machtiging is na dagtekening slechts drie dagen geldig (artikel 6 Awbi). De bevoegdheid tot binnentreden komt alleen toe aan de curator (artikel 4 Awbi), maar de curator kan zich laten vergezellen, ook door de rechter-commissaris zelf (artikel 8 Awbi). De curator dient zich voorafgaand aan het binnentreden te legitimeren, mededeling te doen van het doel van binnentreden en de toestemming van de bewoner te vragen. Binnentreden is toegestaan tegen de wil van de bewoner of bij afwezigheid van de bewoner indien de machtiging dit uitdrukkelijk bepaalt. Indien de curator niet wordt toegelaten, kan de curator, net zoals de deurwaarder bij de executie, zich op grond van artikel 9 Awbi van bijstand van de sterke arm voorzien, al dan niet door tussenkomst van de burgemeester (artikel 444 e.v., artikel 595 en artikel 812 Rv).⁸⁴ De assistentie van de politie aan de curator kan bestaan in het daadwerkelijk verschaffen van de toegang en berust dan op het verlenen van hulp ter daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde. Teneinde escalatie en/of schade te voorkomen zal de politie, gelet op de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit zo mogelijk eerst

⁸⁰ HR 29 april 1997, NJ 1997, 665.

⁸¹ Wet van 22 juni 1994, Stb. 1994, 572 (en nadien gewijzigd).

⁸² Zie in deze zin ook een uitspraak van het Hof Arnhem, 26 januari 1988, NJ 1988, 900.

⁸³ Dit artikel is met ingang van 1 oktober 1994 (Wet van 22 juni 1994, Stb. 573) in de Faillissementswet opgenomen in verband met de invoering van de Algemene Wet op het binnentreden.

⁸⁴ Zie A.I.M. van Mierlo, Groene serie Privaatrecht, Rechtsvordering, artikel 444 Rv, en J.A. Gieske in T&C Rv, 2e druk, p. 660, die verwijst naar artikel 2 Politiewet 1993; Wessels, Insolventierecht IV, par. 4362.

moeten vragen de deur te openen en/of daartoe opdracht te geven. In deze bevoegdheid tot hulpverlening ligt echter niet besloten dat een door artikel 184 Sr gesanctioneerd bevel kan worden gegeven.⁸⁵ Dat strookt met de omstandigheid dat het negeren van een bevel van de curator de deur te openen niet strafbaar is. Het ligt dan ook niet zonder meer voor de hand dat het negeren van een bevel van de, de curator te hulp komende, politie wel strafbaar zou zijn.⁸⁶ De curator moet ingevolge artikel 7 lid 2 Awbi een schriftelijk verslag opmaken omtrent het binnentreden, welk verslag binnen vier dagen dient te worden toegezonden of afgegeven aan degene die de machtiging heeft gegeven, alsmede aan de bewoner. De curator heeft een geheimhoudingsplicht ter zake van vertrouwelijke gegevens waarover hij in de woning de beschikking krijgt (artikel 1 lid 1 en 4 Awbi).

De woning. De Awbi is slechts van toepassing op woningen en niet op bijvoorbeeld kantoren en fabrieksgebouwen. Het begrip ‘woning’ in het EVRM is ruimer. Het gaat daarin niet alleen om de eigenlijke woning, maar ook om het gebied erom heen: de tuin en de garage. Daarnaast worden bedrijfsruimten, ruimten waar men een handelsactiviteit of beroep uitoefent, daaronder begrepen.⁸⁷ Dit is gedaan omdat ten aanzien van natuurlijke personen die een onderneming drijven (vrije beroepsuitoefening of eenmanszaak) de professionele en andere activiteiten soms niet goed te scheiden zijn.⁸⁸ Een strikte, beperkende interpretatie, zou kunnen leiden tot ongelijke behandeling.⁸⁹ Als gevolg daarvan gaat het EHRM er in deze gevallen van uit dat bepaalde beroeps activiteiten en zakelijke activiteiten en ruimten onder de toepassing vallen van zowel het recht op bescherming van het privéleven als van de woning, maar dat deze zienswijze niet verhindert dat ten aanzien van dergelijke (privé)ruimten en activiteiten verdergaande beperkingen van de rechten van artikel 8 EVRM mogelijk zijn dan ten aanzien van andere ruimten en activiteiten.⁹⁰ De Franse verdragsterm ‘domicile’ in artikel 8 EVRM is dan ook een ruimer begrip dan de Engelse term ‘home’. ‘Domicile’ kan ook slaan op het kantoor of bureau van een natuurlijk persoon met een vrij beroep.⁹¹

Het EHRM heeft artikel 8 EVRM van toepassing geacht op rechtspersonen in het kader van een mededingingsonderzoek in bedrijfsruimten (‘crèche social’,

⁸⁵ Het niet voldoen aan een krachtens wettelijk voorschrift gegeven bevel.

⁸⁶ HR 23 januari 2007, LJN AZ3880.

⁸⁷ EHRM 30 maart 1989, no. 10461/83 (Chappell v. Verenigd Koninkrijk); EHRM 16 december 1992, no. 13710/88 (Niemiets v. Duitsland); EHRM 25 februari 1993, no. 10828/84 (Funke v. Frankrijk), EHRM 16 april 2002, no. 37971/97 (Société Colas Est. v. Frankrijk), par. 41; NJCM-Bulletin 2003 p. 37-44, m.nt. A. Tak; JOR 2002, 157, m.nt. G.-J. Vossestein.

⁸⁸ ECRM 5 september 1995, no. 23953/94 (Reiss v. Oostenrijk).

⁸⁹ EHRM 16 december 1992, no. 13710/88 (Niemiets v. Duitsland), par. 30.

⁹⁰ (Niemiets v. Duitsland), par. 31.

⁹¹ EHRM 16 april 2002 (Société Colas e.a. v. Frankrijk), par. 30.

‘agence’ en ‘locaux professionnels’).⁹² Voor wat betreft artikel 8 EVRM lijkt een meer restrictieve interpretatie voor de hand te liggen.⁹³ Dit komt omdat vaak niet duidelijk is of het gaat om een inbreuk op een verdragsrecht van de rechtspersoon zelf of van een aan die rechtspersoon gerelateerde natuurlijke persoon.⁹⁴ Dit kunnen naast de bestuurders en commissarissen ook de aandeelhouders en werknemers zijn. Zo kan een huiszoeking in een ‘kantoor’ van een rechtspersoon, dat zich in het woonhuis van de directeur/groootaandeelhouder bevindt, een inbreuk zijn op het woonhuis van deze natuurlijke persoon. Het privéleven en de ondernemingsactiviteiten van kleine ondernemers zijn soms nauw verweven.⁹⁵ Cath leidt uit het arrest Chappell v. Verenigd Koninkrijk af dat niet langer kan worden volgehouden dat artikel 8 EVRM zich niet zou (kunnen) uitstrekken tot de onderneming of haar bedrijfslokalen.⁹⁶

De Hoge Raad en het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap hebben nog in het midden gelaten of een rechtspersoon een beroep op artikel 8 EVRM toekomt.⁹⁷ In de lagere jurisprudentie is toepasselijkheid voor rechtspersonen eveneens nog niet aangenomen.⁹⁸ In het arrest Dow Benelux v. Commissie heeft het Hof van Justitie een beroep van Dow op het respect voor de woning verworpen. Het hof van Justitie overwoog dat dit recht weliswaar in de communautaire rechtsorde voor wat betreft de privéwoning van natuurlijke personen moet worden erkend als een beginsel dat de rechtssstelsels van de Lidstaten gemeen hebben, maar dat dit niet geldt voor ondernemingen, omdat deze rechtssstelsels, met betrekking tot de aard en de mate van bescherming van bedrijfslokalen tegen het optreden van het openbaar gezag, onderling sterk verschillen.⁹⁹

⁹² EHRM 16 april 2002, no. 37971/97 (Sociétés Colas v. Frankrijk), NJ 2003, 452.

⁹³ Vande Lanotte en Haeck 2-I, p. 726.

⁹⁴ Bijv. HR 16 oktober 1987, NJ 1988, 850, m.nt. EAA: de directeur van de rechtspersoon of de rechtspersoon zelf en HR 10 december 1974, NJ 1975, 178: de verzekeringsmaatschappij Stad Rotterdam NV of haar verzekerden.

⁹⁵ EHRM 30 maart 1989, no. 10461/83 (Chappell v. Verenigd Koninkrijk), par. 51: ‘Before the Court, the Government accepted that there had been an ‘interference’ with the exercise of the applicant’s right to respect for his ‘private life’ and ‘home’, maar het Hof separeert het belang van Chappell van dat van zijn onderneming.

⁹⁶ I.G.F. Cath, ‘Hebben ondernemingen recht op bescherming van de privé-sfeer en zo ja welke?’, NJCM-Bulletin 1991, p. 34-35.

⁹⁷ HR 10 december 1974, NJ 1975, 178, m.nt. ThWvV; AAe 1975, p. 673, BNB 1975, no. 52, m.nt. Y.D.C. van Duyn; HvJ EG 26 juni 1980, NJ 1981, 425, m.nt. EAA; HR 16 oktober 1987, 850, m.nt. EAA, (zie ook conclusie wnd. A-G Asser).

⁹⁸ Rb. Amsterdam (strafkamer), 12 februari 1991, NJ 1991, 488 en Rb. Leeuwarden (strafkamer), 8 februari 1990, NJ 1990, 522 (v.w.b. artikel 6 EVRM en artikel 14 IVBPR): ‘Een rechtspersoon kan aan het EVRM en het IVBPR geen rechten ontfenlen’; Kantongerecht Haarlem, 18 april 1977, NJ 1977, 555 (v.w.b. artikel 7 EVRM).

⁹⁹ HvJ EG, nrs. 46/87 en 227/88 van 21 september 1989, (Hoechst AG); HvJ EG 17 oktober 1989, (Dow Chemical N.V.), zaak 85/87, SEW 1990, p. 381 e.v., m.nt. M.R. Mok, NJ 1990, 571; Zie ook I. Cath, ‘Hebben ondernemingen recht op bescherming van de privé-sfeer?’, De zaken Hoechst en Chappell vergeleken’, NJCM-Bulletin 1991 p. 28-54

2.5.1 Samenloop privéleven, gezinsleven en woonhuis

Er bestaat vaak een samenloop tussen het privéleven, gezins- en familielevens en het woonhuis. Indien een woonhuis in de boedel aanwezig is, is dit meestal het eerste doelwit van de curator. Het is gewoonlijk ook het meest waardevolle en zeker het meest zichtbare vermogensbestanddeel. Denkbaar is dat de curator het woonhuis, dat in de boedel valt, moet verkopen indien daarin de schuldenaar en zijn gezin wonen. Dit kan onevenredig zijn zeker indien bijvoorbeeld de helft aan de andere echtgenoot toebehoort, echtlieden buiten gemeenschap van goederen zijn gehuwd en niet beide de echtelieden gefailleerd zijn.¹⁰⁰ In veel landen wordt getracht verkoop van de woning te voorkomen teneinde het gezin bij elkaar te houden, althans de gelegenheid te geven om gedurende een zekere periode alternatieven te ontwikkelen.¹⁰¹ In Engeland moet de curator daartoe verlov vragen. De rechter maakt daarbij een afweging tussen de belangen van de schuldeisers, het gedrag van de echtelieden in de aanloop tot het faillissement, de financiële positie van de beide echtelieden, de behoeften van de kinderen en alle overige omstandigheden.¹⁰² In de regel is er een wachttijd van een jaar, tenzij ‘the circumstances of the case are exceptional, that the interest of the bankrupt’s creditors outweigh all other considerations’ (Section 335A (3) Insolvency Act (1986)). Het eerste jaar is over het algemeen de moeilijkste periode, gedurende welke het gezin de kans wordt geboden om zich aan de nieuwe situatie aan te passen.

Toen een schuldenaar de rechter-commissaris verzocht de curator te instrueren het faillissement ten spoedigste bij de Rechtbank voor opheffing voor te dragen en enige actie tot feitelijke verkoop van het door de schuldenaar en zijn partner in gezamenlijke eigendom gehouden, en door hen tezamen bewoonde woonhuis, te staken, besliste de Hoge Raad dat de rechtbank met zijn oordeel, dat er geen grond was tot opheffing van het faillissement gelet op de aan het woonhuis toekomende overwaarde, geen blijk had gegeven van een onjuiste opvatting inzake de door in artikel 8 lid 1 EVRM vereiste afweging van belangen van enerzijds de boedelschuldeisers en de schuldenaar, de mede-eigenaar en hun kind anderzijds. Het belang van het arrest zit vooral in de impliciete erkenning dat ook het belang van de curator, op betaling van zijn salaris en de belangen van andere boedelschuldeisers in het algemeen zwaarder wegen dan de persoonlijke belangen van de schuldenaar, zelfs wanneer de faillissementsschuldeisers, om wie het

en R. Finaly, ‘Grondrechtenbescherming van rechtspersonen’, NJCM-Bulletin 1991 p. 105-106.

¹⁰⁰ T.H.D. Struycken, ‘Het woonhuis van de gefailleerde versus de belangen van crediteuren’, Bb 15 september 1995, nr. 15 p. 163-164.

¹⁰¹ Zie de mogelijkheden om de echtelijke woning te behouden in Finland, Frankrijk, Denemarken en Zweden, in: J.C. van Apeldoorn, ‘The Fresh Start for individual Debtors: Social, Moral and Practical Issues’, Int. Insol. Review, 2008, p. 57-72.

¹⁰² Helene Pines Richman, ‘Using the Human Rights Act to save the family home’, Uitgave Association of Women Barristers.

in het faillissement allemaal gaat, er weinig wijzer van worden.¹⁰³ In het licht van artikel 8 EVRM is dit misschien een minder bevredigende uitspraak, althans indien wordt bedacht dat het belang van het gezinsleven kan meebrengen dat de woning, gedurende een zekere periode, wordt behouden. Uit de uitspraak kan niet worden opgemaakt of daartoe alles in het werk is gesteld, maar wel dat (aldus de Hoge Raad) een juiste belangenafweging was gemaakt.

Het bodembeslag (zie ook hoofdstuk 6) kan een rol spelen in het gezinsleven, wanneer het beslag wordt gelegd op de roerende zaken in de gezamenlijke woning waarin gehuwden of geregistreerde partners en hun kinderen wonen. Dit is ook een inmenging in het privé- en gezinsleven. Indien het bodembeslag wordt gelegd ter zake van belastingschulden van (bijvoorbeeld) de man op inboedelgoederen waarvan de vrouw eigenaresse is, terwijl de echtgenoten buiten gemeenschap van goederen zijn gehuwd, is dit beslag op en de verkoop van deze inboedelgoederen toch mogelijk. De Hoge Raad heeft dit niet in strijd met artikel 8 EVRM geoordeeld. Hieruit moge blijken dat de verdragsbepalingen betreffende de bescherming van de eigendom (artikel 1 EP EVRM) en die van het privé- en gezinsleven kunnen botsen. Het EHRM oordeelde dat voor een keuze tussen deze rechten de verdragsstaat de 'sole judge' is.¹⁰⁴ Nu door het bodemvoorrecht inboedelgoederen, zonder welke een menswaardig bestaan vaak niet mogelijk is, toch kunnen worden uitgewonnen, lijkt het recht op een privéleven niet effectief gewaarborgd. Omdat de uitwinning echter plaatsvindt ter zake van belastingschulden was de inbreuk niet onrechtmatig.¹⁰⁵

2.6 Respect voor de correspondentie

Artikel 13 Gw geeft de eerbiediging van (d.w.z. de onschendbaarheid van) het brief-, telefoon- en telegraafgeheim. Aanvankelijk, vóór de grondwetsherziening van 1983, was het de rechter die was aangewezen als het bevoegd gezag. Hij kon de opening van brieven en inbreuken op het telefoon- en telegraafgeheim gelasten. Na 1983 werd de bescherming verschillend geregeld. Er is een breed geformuleerde bescherming van het briefgeheim met de waarborg van een formeelwettelijke regeling met betrekking tot inbreuken, waarvoor de rechter een last moest geven en een telegraaf- en telefoongeheim, met een minder zware waarborg tegen inbreuken, waarbij de personen die de bevoegdheid tot een inbreuk hebben in een aantal afzonderlijke wetten is aangegeven: artikel 3 Postwet; de artikelen 101 lid 2, 114 lid 2 en 125f-h Sv; de artikelen 14 en 99 Fw; de artikelen 90-91a Gevangenismaatregel; de artikelen 14-14bis Telegraaf- en Telefoonwet; de artikelen 139a e.v., 374 e.v. en 441 e.v. Sr. en de Wet op Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten, alsmede in enkele op deze wetten gebaseerde algemene maatregelen van bestuur. Afgezien van de bepalingen in de Faillisse-

¹⁰³ HR 16 juni 1995, NJ 1996, 553, m.nt. HJS.

¹⁰⁴ EHRM 13 juni 1979, no. 6833/74 (Marckx v. België), NJ 1980, 462, m.nt. EAA par. 64.

¹⁰⁵ HR 22 april 1994, NJ 1994, 560 m.nt. EAA.

mentswet gaat het in die andere wetten steeds om het voorkomen, onderzoeken, opsporen en vervolgen van strafbare feiten, terrorisme daaronder begrepen. De curator, die slechts is belast met het beheer en de vereffening van de boedel, vervult hierin geen rol.

Aanvankelijk werd dit vierde door artikel 8 EVRM beschermde rechtsgoed vertaald met briefwisseling, maar in de nieuwe vertaling is dit gewijzigd in correspondentie.¹⁰⁶ Dit is in overeenstemming met de authentieke term ‘correspondence/correspondance’, die in het EVRM wordt gebruikt. Correspondentie is een ruimer begrip dan briefwisseling. Het EHRM gebruikt ook de term ‘communication(s)’, dat nog ruimer is.¹⁰⁷ Het wordt techniekonafhankelijk geïnterpreteerd. Uit de Europese rechtspraak blijkt dat alle vormen van communicatie onder deze noemer vallen.¹⁰⁸ Het omvat zowel zakelijke communicatie als privé communicatie,¹⁰⁹ waaronder telefoongesprekken¹¹⁰ en andere vormen van telecommunicatie, al dan niet langs elektronische weg.¹¹¹ Men kan hierbij denken aan telex, telefax, communicatie tussen computers (e-mail) en de mobile telefoon. Het moet wel gaan om gegevensoverdracht.¹¹²

2.6.1 Postblokkade gedurende het faillissement

Gedurende het faillissement wordt respect voor de briefwisseling van de schuldenaar, althans voor zover het betreft de briefwisseling die voor de schuldenaar bestemd is, vrijwel altijd en voortdurend geschonden. Artikel 14 lid 2 Fw is in 1987 ingevoerd. Hierin is imperatief voorgeschreven dat de rechter, die de faillietverklaring uitspreekt, in de uitspraak de curator een last geeft tot het openen van brieven en telegrammen. Dit ter aanpassing aan artikel 13 Gw. Ook de kennisgeving door de griffier van bedoelde last aan de curator (of bewindvoerder) houdt hiermee verband. Omdat TNT Post ingevolge artikel 99 (oud) Fw verplicht is om de post, na kennisgeving, aan de curator af te geven, blijft deze verplichting bestaan totdat zij hieruit wordt ontslagen. Onder omstandigheden kan deze verplichting blijven bestaan, ook indien het faillissement reeds is opgeheven.

¹⁰⁶ Trb. 1990, 156.

¹⁰⁷ EHRM 6 september 1976, no. 5029/71 (Klass e.a. v. Duitsland), AAe 1979, p. 327, par. 41; EHRM 2 augustus 1984, no. 8691/79 (Malone v. Verenigd Koninkrijk), NJ 1988, 534, par. 89 j° par. 64.

¹⁰⁸ Vande Lanotte-Haeck, 2-I, p. 769.

¹⁰⁹ EHRM 16 december 1992, no. 1379/88 (Niemietz v. Duitsland).

¹¹⁰ HR 10 april 1979, NJ 1979, 374.

¹¹¹ EHRM 6 september 1978, no. 5029/71 (Klass v. Duitsland), par. 41, dat spreekt over ‘freedom of communication between users of the postal and telecommunication services’.

¹¹² De Boer 1990, p. 50.

Het spreekt voor zich dat de postblokkade inbreuk maakt op het briefgeheim. Het briefgeheim behoort zowel tot het recht op privacy als tot de communicatievrijheid.¹¹³ De rechtvaardiging voor het bestaan van het briefgeheim bestaat uit (tenminste) twee onderdelen. Ten eerste de 'staatsvrije sfeer' waarin ieder individu zich gevrijwaard weet van ongewenste kennisname van zijn communicatie, ten tweede als 'pendant van het censuurverbod': de vrije participatie aan het publieke debat is pas mogelijk wanneer deelnemers zelf kunnen beslissen wie wanneer van hun communicatie kennis neemt.¹¹⁴ Bij het briefgeheim wordt onderscheid gemaakt tussen de bescherming van de inhoud van de communicatie, tegenover de bescherming van de gehele communicatiestroom tegen kennisname door derden, niet alleen voor de ontvanger maar ook voor de afzender. Dit hangt nauw samen met de verkeersgegevens en de vraag of ook deze gegevens moeten worden beschermd onder het communicatiegeheim. Verkeersgegevens zijn bijvoorbeeld de naam en het adres van de afzender en de datum waarop het bericht is verstuurd. Zij komen voor bij alle vormen van digitale of analoge communicatie. Telecommunicatie is ondenkbaar zonder databanken met elektronisch opgeslagen gegevens, die worden gekoppeld om het bericht via communicatiekanalen op de bestemmingsplaats te bezorgen. Ook kennisname van deze verkeersgegevens, zeker indien deze worden bewaard, bewerkt en geanalyseerd, kan een ernstige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer opleveren. De curator ontvangt en bewaart (een deel van) deze gegevens, zeker indien hij toegang heeft tot de computer van de schuldenaar. Op 3 mei 2006 is de Europese Richtlijn 2006/24/EG in werking getreden.¹¹⁵ Deze richtlijn introduceert een bewaarplicht voor verkeersgegevens bij internet en telefonie in de EU-lidstaten.¹¹⁶ Deze richtlijn zal in onze nationale regelgeving worden geïmplementeerd, maar legt geen verplichting op de curator.

2.6.2 Welke communicatie wordt door wie aan de curator verstrekt?

Brieven. Voor de postblokkade is dat eenvoudig. Bij brieven gaat het om communicatie die plaatsvindt in gesloten enveloppen, althans in een verpakking welke het oogmerk van de afzender tot uitdrukking brengt en dat derden – waaronder TNT Post (althans de bezorgdienst die het transport uitoefent) – van de inhoud van de brief geen kennis nemen. Op grond van Europese regelgeving is de postmarkt (gedeeltelijk) geliberaliseerd.¹¹⁷ Het postmonopolie van TNT

¹¹³ EHRM 6 september 1978, no. 5029/71 (Klass e.a. v. Duitsland).

¹¹⁴ Asscher 2002, p. 18.

¹¹⁵ Richtlijn 2006/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 maart 2006 betreffende de bewaring van gegevens die zijn gegenereerd of verwerkt in verband met het aanbieden van openbaar beschikbare elektronische communicatiediensten of van openbare communicatienetwerken.

¹¹⁶ Zie voor een meer uitgebreide uiteenzetting M. Groothuis, 'De bewaarplicht van verkeersgegevens bij internet en telefonie en de verhouding tot het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer', NJCM-Bulletin, 2006, nr. 6, p. 792-811.

¹¹⁷ Richtlijn 97/67 PbEG 1998, L 15.

(Post) is 1 april 2009 opgeheven.¹¹⁸ Dit maakte een wijziging van de Faillissementswet op dit punt noodzakelijk (zie hierna).

Post en Telegrammen. Er wordt gesproken over post en telegrammen. Na de komst van internet en e-mail is het telegramverkeer, zo ook het telexverkeer als communicatiebron vrijwel tot stilstand gekomen. Het zou kunnen worden geschrapt. De postbedrijven bezorgen brieven, pakketpost en drukwerk. Logistiek is het voor de postbedrijven een lastig en arbeidsintensief proces om met name brieven en drukwerk te scheiden. De brieven moeten naar de bewindvoerder, maar het drukwerk naar de schuldenaar.¹¹⁹ Doordat het verschil soms moeilijk zichtbaar is zijn fouten niet uit te sluiten. Ook hier zou een regeling moeten worden getroffen.

Facsimile, e-mail en sms. Communicatie vindt steeds minder per post plaats. Het gaat tegenwoordig voornamelijk om het fax- en e-mailverkeer. Het zijn normale communicatiemiddelen geworden. In de meeste gevallen is de verzonden informatie dan ook niet anders dan bij het gewone postverkeer. Menig bewindvoerder zal naast de post dan ook graag de faxen en e-mails, die aan de schuldenaar zijn gericht, willen ontvangen. Hierbij doen zich twee vragen voor. Is er een verschil tussen dezelfde brief die per post of per fax of per e-mail wordt verzonden en wie moet vervolgens de e-mail (of fax) onderscheppen en naar de curator doorgeleiden?

Het verschil zit in de eerste plaats in het beschermingsniveau. De Grondwet kent verschillende beschermingsniveaus. Het (algemene) recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer in artikel 10 Gw enerzijds en het brief-, telefoon- en telegraafgeheim anderzijds (artikel 13 Gw). Artikel 13 lid 1 Gw eist voor de inbreuk op het briefgeheim een rechterlijke machtiging, terwijl artikel 10 Gw die eis niet stelt. Voor inbreuken op het telefoongeheim stelt artikel 13 lid 2 Gw ook hoge eisen, maar deze zijn lager dan bij het briefgeheim. Hier moeten inbreuken op dit recht bij de wet worden bepaald en geschieden door of met machtiging van hen die daartoe zijn aangewezen. Inbreuk op het telefoon- en telegraafgeheim mag worden gemaakt door hen die bij de wet zijn aangewezen. Het bevoegd gezag werd overgelaten aan de wetgever, zonder de mogelijkheid van delegatie.

Het e-mailverkeer valt niet onder het bereik van artikel 13 lid 1 Gw, althans dit is nog niet uitgemaakt. Asscher meent dat er wel veel voor te zeggen is om het e-mailverkeer, naar analogie, onder het communicatiegeheim van artikel 13 Gw te brengen.¹²⁰ In het advies van de Commissie Grondrechten in het Digitale

¹¹⁸ Kamerstukken II 2008-2009, 30 536, nr. 89.

¹¹⁹ Althans in de zienswijze van TNT Post (n.p.).

¹²⁰ Asscher 2002, p. 89.

Tijdperk¹²¹ uit 1999 is voorgesteld om de ‘techniek afhankelijke’ termen, zoals brief-, telefoon-, en telegraafgeheim, te wijzigen, omdat deze niet goed kunnen worden toegepast in het nieuwe digitale tijdperk, dat thans wordt beheerst door internet, e-mail, sms en andere vormen van digitale communicatie, maar zover is het nog niet gekomen. Leden van de Eerste Kamer hebben wel, in 2004, tijdens de behandeling van het wetsvoorstel voor de Wet Vorderen Gegevens Telecommunicatie, de regering aangespoord te komen met een voorstel tot wijziging van artikel 13 Gw.¹²² Anno 2009 is dit voorstel er nog niet.

2.6.3 Duur en opheffing van de postblokkade

In de Faillissementswet is geen duur voor de postblokkade bepaald. De blokkade kan te allen tijde worden opgeheven, hetzij op verzoek van de schuldenaar, hetzij op verzoek van de curator of bewindvoerder, hetzij ambtshalve door de rechter-commissaris. De postblokkade eindigt op het moment dat TNT Post (het postvervoerbedrijf) van de curator of van de rechter-commissaris het bericht ontvangt dat zij van haar verplichting is ontslagen of van de griffier een kennisgeving ontvangt, als bedoeld in artikel 15 Fw, dat het faillissement is vernietigd. Mulderije¹²³ en Hofman¹²⁴ hebben voorstellen gedaan de termijn te beperken tot zes maanden. Zoals Hofman stelt: ‘Eens zal een ogenblik zijn aangebroken waarop het belang van de curator om zicht te krijgen op de zakelijke post van de gefailleerde niet meer opweegt tegen het belang van de gefailleerde om tijdig te kunnen beschikken over zijn privépost.’

Bij de evaluatie van de WSNP die in 2001 werd gehouden, is besloten de postblokkade te beperken tot (aanvankelijk 15 maanden en later tot) 13 maanden. Deze termijn is vervolgens in artikel 287 lid 5 Fw opgenomen. Een argument om de postblokkade niet af te schaffen is dat veel landen deze ook kennen. Meestal is de duur beperkt, met mogelijkheden tot verlenging. Soms valt e-mailverkeer onder de blokkade, zoals in Duitsland (§ 99 InsO). Soms is de blokkade beperkt tot zakelijke post, zoals in enkele Scandinavische landen.¹²⁵

De rechter en curator moeten zich steeds afvragen of er voldoende ‘adequate and effective safeguards’ zijn. Het is daarom opvallend dat zowel in het Recofa model faillissementsverslag, als in de Insolad Praktijkregels het woord postblokkade niet eens voorkomt. De postblokkade is een hulpmiddel bij het toezicht, maar kan niet worden gezien als een ultiem middel om te controleren of de schulde-

¹²¹ Brief minister bij aanbieding van het onderzoeksrapport inzake internationale vergelijking van grondrechten in de digitale samenleving (Universiteit van Tilburg) Grondrechten in het digitale tijdperk (2000), Kamerstukken II 2006-2007, 27460, nr. 5.

¹²² Handelingen Eerste Kamer 16 maart 2004, 21-1055 tot en met 21-1064.

¹²³ H. Mulderije, ‘Toezending van voor de gefailleerde bestemde post aan de curator’, NJB 1933, p. 307.

¹²⁴ Hofman, ‘De Faillissementswet strijd met het EVRM’, TvI 1995, p. 47.

¹²⁵ Zie voor een overzicht: J.C. van Apeldoorn, ‘Postblokkade’, TvI 2007, 2, p. 3.

naar zijn verplichtingen in alle opzichten nakomt. De bewindvoerder en de rechter-commissaris zouden met een zekere regelmaat, en in elk geval eens per drie maanden, moeten bezien of handhaving nodig is.

2.6.4 Wanneer is een postblokkade niet geoorloofd

Artikel 8 lid 2 EVRM staat inmenging van enig openbaar gezag (lees in dit geval: de curator) toe voor zover dit noodzakelijk is in een democratische samenleving. In *Foxley v. Engeland*¹²⁶ oordeelde het Hof dat het openen van correspondentie van de schuldenaar met zijn juridisch adviseur een inbreuk was op artikel 8 EVRM:

‘The court recalls that the notion of necessity implies that the interference corresponds to a pressing social need and, in particular, that it is proportionate to the legitimate aim pursued (...) that in the field under consideration – the concealment of a bankrupt’s assets to the detriment of his creditors – the authorities may consider it necessary to have recourse to the interception of a bankrupt’s correspondence in order to identify and trace the sources of his income. Nevertheless, the implication of the measures must be accompanied by adequate and effective safeguards, which ensures minimum impairment of the right to respect for his correspondence. This is particular so where, as in the case at issue, correspondence with the bankrupt’s legal advisors may be intercepted.’

De curator mag de correspondentie van de schuldenaar met de juridisch adviseur niet lezen, kopiëren en vervolgens in het dossier opbergen. Deze inbreuk is niet noodzakelijk in een democratische samenleving. De postblokkade is toegestaan voor het opsporen van activa, maar dit moet zijn gebaseerd op een duidelijke regelgeving en moet worden omgeven met ‘adequate and effective safeguards’. In dit kader wordt verwezen naar de zaak *Narinen v Finland*¹²⁷ waarin het EHRM de postblokkade van Finland in strijd oordeelde met artikel 8 EVRM omdat deze waarborg ontbrak:

‘(...) even if there could be said to be a general legal basis for the measure provided for in Finnish law, the absence of applicable regulations specifying with any degree of precision as to the circumstances in which correspondence will be redirected or opened or as to the categories of correspondence concerned, deprived the applicant of a minimum degree of protection to which he was entitled under the rule of law in a democratic society (see, mutatis mutandis, *Ollila v Finland*, no 18969/91, Commission Report of 30 June 1993). The court finds that in these circumstances it cannot be said that the interference with the applicants right to respect for his correspondence was “in accordance with the law”.’

De Faillissementswet geeft ook onvoldoende aan welke post wel en welke niet moet worden doorgezonden en door de bewindvoerder mag worden geopend en gelezen. Er is geen enkele ‘applicable regulations specifying with any degree of

¹²⁶ EHRM 20 juni 2000, no. 33274/96 (*Foxley v. Verenigd Koninkrijk*).

¹²⁷ EHRM 1 juni 2004, no. 45027/98 (*Narinen v. Finland*).

precision as to the circumstances in which correspondence will be redirected or opened or as to the categories of correspondence concerned'. Ook de duur is van belang. In de Foxley-zaak vond het Hof een duur van vier maanden nog acceptabel, maar een postblokkade voor de duur van de gehele faillissementsafwikkeling is al regelmatig in strijd geacht met artikel 8 EVRM.¹²⁸ In dit kader wordt verwezen naar de zaken *Luordo v Italië* en *Bottaro v Italië*¹²⁹ waarin over een postblokkade voor de duur van het gehele faillissement, in deze gevallen veertien, respectievelijk twaalf jaar, werd geoordeeld dat dit disproportioneel is:

'The length of the proceedings had upset the balance maintained between the general interest in payment of a bankrupt's creditors and the applicant's individual interest in respect for their correspondence. The interference with the applicant's rights had therefore been disproportionate to the objective pursued. The court held in both cases that there had been a violation of the Convention in that respect.'

Er is vaak een relatie tussen artikel 8 en artikel 6 EVRM betreffende de duur van de insolventieprocedure en de periode dat de postblokkade gelding heeft. Die termijn is vaak hetzelfde.¹³⁰ De schuldenaar mag echter niet ingrijpender of langduriger in zijn grondrecht worden aangetast dan gezien het doel waarvoor die aantasting nodig is, dat wil zeggen voor zover en zolang de postblokkade een noodzakelijk instrument vormt voor inzicht in en veilig stellen van de boedel. Omdat de Faillissementswet geen maximum duur voor de postblokkade kent en de schuldenaar in dit opzicht ook overigens geen harde waarborgen biedt, oordeelde Hofman dat de Faillissementswet op dit punt in strijd is met het EVRM.¹³¹ Op grond van bovenstaande ben ik het daarmee eens.

2.6.5 Postblokkade in het Voorontwerp

De Commissie Insolventierecht heeft zich de kritiek ter harte genomen. In de laatste jaren zijn reeds veel partijen tot de Nederlandse postmarkt toegetreden en TNT Post heeft haar monopoliepositie verloren. In het Voorontwerp is hierop vooruitgelopen, maar het wordt er niet eenvoudiger op. In artikel 2.2.8 lid 4 Voorontwerp is bepaald dat de rechter die de insolventverklaring uitsprekt, in de beschikking tevens last geeft aan de bewindvoerder tot het openen van aan de schuldenaar gerichte brieven, faxen, telegrammen en elektronische post gedurende een periode van ten hoogste drie maanden vanaf de insolventverklaring. De rechter kan deze last of op verzoek van de bewindvoerder uitbreiden indien zwaarwegende belangen van de boedel dit vergen en de belangen van de schuldenaar daardoor niet onevenredig worden geschaad, of op verzoek van de schul-

¹²⁸ B.M. Katan, Overzichtsartikel insolventierecht en het EVRM', TvI 2006, 20, p. 86.

¹²⁸ N. Jungmann, E. Niemeijer en Ter Voer, 'Van schuld naar schone lei, Evaluatie Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen', p. 93.

¹²⁹ EHRM 17 juli 2003, no. 32190/96 (*Luordo v Italië*) en EHRM 17 juli 2003, no. 56298/00 (*Bottaro v Italië*), Chamber judgments 396 van 17 juli 2003.

¹³⁰ EHRM 15 november 1996, no. 22461/93 (*Cetroni v. Italië*).

¹³¹ J.A. Hofman, 'De Faillissementswet strijd met het EVRM', TvI 1995, p. 47.

denaar beperken, voor zover het belang van de boedel ongewijzigd voortbestaan van de last niet langer rechtvaardigt (artikel 4.2.7b Voorontwerp). De bewindvoerder geeft onverwijld kennis van de last aan de bedrijven waarvan aannemelijk is dat zij post- of telecommunicatiediensten ten behoeve van de schuldenaar verrichten. Zo ook geeft de bewindvoerder onmiddellijk informatie over uitbreiding of beperking van de duur van de last, tenzij de last al eerder was geëindigd en over de onherroepelijke vernietiging van de insolventverklaring of het tijdstip waarop de insolventie is geëindigd (artikel 4.2.7a Voorontwerp). Na ontvangst van de kennisgeving zijn de hiervoor genoemde bedrijven verplicht de voor de schuldenaar bestemde brieven, andere postzendingen en langs elektronische weg verzonden berichten aan de bewindvoerder te verstrekken. Dit is een regeling die overeenstemt met die in enkele landen om ons heen, zoals in Duitsland.

Brieven, andere postzendingen en langs elektronische weg verzonden berichten waarvan de bewindvoerder vaststelt dat zij niet op de boedel betrekking hebben of buiten de last vallen, stelt hij terstond, zonder van de inhoud verder kennis te nemen of afschrift te behouden, aan de schuldenaar ter hand. Hetzelfde geldt indien zij verzonden zijn door een persoon die zich uit hoofde van ambt, beroep of betrekking zou kunnen verschonen indien hem als getuige naar de inhoud daarvan zou worden gevraagd. Voor het overige biedt de bewindvoerder aan de schuldenaar onverwijld de mogelijkheid tot inzage of het maken van een afschrift, dan wel stelt hij de schuldenaar de originelen ter beschikking (artikel 4.2.8 lid 2 Voorontwerp).

Deze vorm van postblokkade is niet in strijd met artikel 8 EVRM omdat daarin een meer verdergaande inbreuk van de communicatie is gesanctioneerd. Hiervoor is reeds aangegeven dat het begrip ‘correspondentie’ in het EVRM zeer ruim is.

De bewindvoerder moet de uitbreidingen of beperkingen van de postblokkade aan de daarvoor in aanmerking komende bedrijven meedelen. Hetzelfde geldt voor omstandigheden waardoor de postblokkade eindigt: de onherroepelijke vernietiging van de insolventie (thans geregeld in artikel 15 lid 1 Fw) en het einde van de insolventie door opheffing, homologatie van een akkoord en het verbindend worden van de uitdelingslijst. De bewindvoerder heeft de mogelijkheid de omvang van de blokkade te beperken, door daarvan bijvoorbeeld bepaalde typen zendingen uit te zonderen. De postblokkade strekt zich niet uit tot communicatie in de vorm van spraak: telefoon en eventuele moderne varianten als VoIP of Skype. Voor een zodanig vergaande inbreuk op de rechten van de schuldenaar bestaat geen aanleiding.¹³² Opmerking verdient nog dat van de beslissingen van de rechter-commissaris betreffende de postblokkade geen hoger beroep kan worden ingesteld bij de rechtbank (artikel 4.3.6 Voorontwerp). Mede gelet op het feit dat de schuldenaar te allen tijde beperking van de postblokkade

¹³² Toelichting Voorontwerp op artikel 4.2.7a.

aan de rechter-commissaris kan verzoeken, is de mogelijkheid van hoger beroep niet nodig geoordeeld. Van belang hierbij is nog dat de in beginsel korte termijn van de postblokkade (in het Voorontwerp 3 maanden) ertoe noopt dat omtrent verzoeken tot tussentijdse beëindiging of verlenging op zeer korte termijn uitsluitel verkregen kan worden. In de schuldsaneringsregeling, waar de rechter-commissaris sedert 1 januari 2008 ook beslissingen over de postblokkade neemt, is evenmin voorzien in een beroepsmogelijkheid (artikel 287 lid 5 j° 315 lid 2 Fw).

Wellicht doordrongen van het feit dat de postblokkade, zoals aangepast aan de moderne communicatievormen in strijd is met de Grondwet, dat als zodanig (nog) geen emailgeheim kent, spreekt de Toelichting op het Voorontwerp de wens uit dat het e-mailverkeer in de toekomst wél onder artikel 13 Gw zal worden gebracht.¹³³ Ook wordt onderkend dat de bewindvoerder op elektronische berichten maar in beperkte mate een greep heeft omdat de e-mailproviders ook in het (verre) buitenland gevestigd kunnen zijn. Voorts moet er rekening mee worden gehouden dat de schuldenaar betrekkelijk eenvoudig een nieuw e-mailadres kan openen en dat dit in de praktijk vrijwel niet te controleren is. Bij faxverkeer, dat de schuldenaar via zijn gewone telefoonlijn laat lopen, zal het mogelijk technisch problematisch zijn de faxen van de telefoongesprekken te scheiden. In dat geval zal het telefoonbedrijf, en naar mag worden gehoopt, de curator, niet gehouden zijn tot het technisch onmogelijke.¹³⁴

2.6.6 Kennisname van voor het faillissement ontvangen of verzonden correspondentie

Gedurende de looptijd van het faillissement ziet en leest de curator brieven, faxen en e-mailberichten, ook die de schuldenaar vóór het faillissement heeft ontvangen of verstuurd. Dat is dan vaak ook privécorrespondentie van en naar derden, zoals werknemers. Dit is enerzijds niet te voorkomen en behoort anderzijds tot zijn wettelijke taak in het kader van het in bewaring nemen van de administratie, het beheer en de vereffening van de boedel en het onderzoek dat moet worden uitgevoerd. De curator dient daarbij, in navolging van artikel 8 EVRM en artikel 10 Gw, in aanmerking te nemen dat de schuldenaar, maar ook derden het recht hebben dat hun persoonlijke levenssfeer wordt geëerbiedigd. Bij kennisneming zal de curator zich terughoudend moeten opstellen en hij mag over de correspondentie, die hij op deze wijze onder zich krijgt, geen informatie aan derden verstrekken, tenzij dit noodzakelijk is voor het voldoen aan een wettelijke verplichting, het beheer en vereffening van de boedel of een zwaarwegend maatschappelijk belang zulks vordert.¹³⁵

¹³³ Kamerstukken II 2000/01, 27 460, nr. 1, p. 22 e.v.

¹³⁴ Toelichting Voorontwerp artikel 4.2.7a.

¹³⁵ Insolad Praktijkregels, art. 1.8.1.

2.6.7 Voorstel tot wetwijziging

TNT (Post) heeft sedert april 2009 haar monopoliepositie, met name voor wat betreft het verzenden van brieven, verloren. Ook andere, binnenlandse en buitenlandse postbedrijven kunnen worden belast met de aflevering van aan de schuldenaar geadresseerde post. Dit maakte een wijziging van de Faillissementswet noodzakelijk. Artikel 99 lid 1 Fw zegt thans:

‘De curator opent krachtens de last bedoeld in artikel 14, de brieven en telegrammen aan de gefailleerde gericht. Die, welke niet op de boedel betrekking hebben, stelt hij terstond aan de gefailleerde ter hand. Het postvervoerbedrijf of de postvervoerbedrijven die zijn aangewezen als verlener van de universele postdienst, alsmede de andere geregistreerde postvervoerbedrijven, bedoeld in de Postwet 2009 is, na van de griffier ontvangen kennisgeving, verplicht de curator de brieven en telegrammen, voor de gefailleerde bestemd, af te geven, totdat de curator of de rechter-commissaris haar van die verplichting ontslaat of zij de kennisgeving ontvangt, bedoeld in artikel 15. De rechterlijke last tot het openen van brieven en telegrammen verliest zijn kracht op het in de vorige zin bedoelde tijdstip waarop de verplichting van de administratie tot afgifte van brieven en telegrammen eindigt.’

Andere wijzigingen zouden nog moeten worden doorgevoerd, zoals een regeling die thans in artikel 4.2.7a Voorontwerp is opgenomen, inhoudende dat deze postblokkade wordt beperkt tot brieven en de periode wordt beperkt tot drie maanden. De curator geeft in elk drie maandelijks openbare verslag aan of deze blokkade zijns inziens moet blijven gehandhaafd. De rechter-commissaris neemt hierover de beslissing. Indien de curator van oordeel is dat de blokkade moet worden voortgezet, dan worden de curator en de schuldenaar door de rechter-commissaris gehoord. De curator stelt de schuldenaar in de gelegenheid bij de opening van zijn post aanwezig te zijn. Indien de schuldenaar niet aanwezig kan of wil zijn mag de curator deze post openen en lezen, tenzij reeds op voorhand duidelijk is dat de post afkomstig is van een advocaat of een ander die uit hoofde van ambt, beroep of betrekking een verschoningsrecht zou hebben.

2.7 Beperkingen van Artikel 8 lid 2 EVRM

Hoewel artikel 8 lid 1 EVRM zegt dat eenieder (waaronder ook de schuldenaar) recht heeft op respect voor de in dat artikel genoemde grondrechten, heeft de Faillissementswet daarop beperkingen aangebracht. Deze beperkingen moeten worden gezien in het licht van het feit dat geen grondrecht absolute bescherming geniet. Beperkingen zijn er in het algemeen belang en ter bescherming van de vrijheden van anderen.¹³⁶ Inbreuken die in dit geval in de Faillissementswet zijn aangebracht moeten enerzijds zwaar wegen¹³⁷ en anderzijds, omdat het uitzonderingen op door het EVRM gegarandeerde rechten zijn, eng worden uitge-

¹³⁶ Th. Bellekom, ‘Het Hof voor de rechten van de mens en de beperkingsclausules van het EVRM’, in *Veertig jaar EVRM*, (NJCM-special 1990), p. 57-76.

¹³⁷ ‘Privacy versus veiligheid’, opgenomen in *NJB* 11 februari 1994, p. 209.

legd.¹³⁸ De mogelijkheden om de rechten bij wet te beperken zijn in lid 2 limitatief opgesomd.¹³⁹ In tegenstelling tot artikel 6 EVRM laat artikel 8 EVRM geen ‘impliciete beperking’ toe voor bijzondere groepen in onze samenleving, zoals militairen, ambtenaren, gevangen, geestelijk gestoorden en de schuldenaar die in staat van faillissement verkeert. Dat volgt uit de restrictieve formulering van artikel 8 lid 2: ‘er is geen inbreuk tenzij nodig.’¹⁴⁰ Wel kan die restrictie leiden tot een bijzondere inkleuring van één der in artikel 8 lid 2 opgesomde beperkingen en van de ‘noodzaak’ daarvan. Zo kan een inbreuk op de correspondentie van de schuldenaar berusten op een wettelijke bepaling en ook al is die inbreuk noodzakelijk in een democratische samenleving en ter bescherming van de rechten van derden, waardoor een schuldenaar aan zwaardere beperkingen kan worden blootgesteld dan zij die niet in staat van faillissement verkeren, dan nog is niet elke inbreuk steeds toegestaan. In de Foxley-zaak werd geen inbreuk toegestaan indien het ging om correspondentie tussen de schuldenaar en zijn raadsman. In de Golder-zaak zocht een verdachte het advies van zijn raadsman in verband met een tegen hem gerezen verdenking, hetgeen de overheid hem verbood.¹⁴¹ Het EHRM oordeelde dat het daarbij niet om gaat of de overheid een inbreuk mag maken en ook maakt, maar of de inbreuk in het licht van de omstandigheden, de wederzijdse belangen tegen elkaar afwegend, gerechtvaardigd is.¹⁴² Artikel 8 lid 2 EVRM vergt steeds een toetsing in concreto.¹⁴³

2.8 Eerste voorwaarde: is de inbreuk bij de wet voorzien (legaliteittoets)

De inbreuk op een grondrecht moet bij de wet zijn voorzien. Dit komt in een aantal bepalingen van het EVRM voor. Onder de term ‘law’, in de regel een wet in formele zin, maar hieronder is ook ongeschreven recht of ‘common law’ begrepen.¹⁴⁴ Er moet wel aan twee aanvullende voorwaarden worden voldaan: ten eerste moet het recht waarop de beperking berust voldoende kenbaar zijn en ten tweede kan een norm slechts dan als ‘wet’ worden beschouwd, wanneer deze

¹³⁸ EHRM 6 september 1978, no. 5029/71 (Klass e.a. v. Duitsland), par. 42.

¹³⁹ EHRM 25 maart 1983, no. 5947/72 (Silver v. Verenigd Koninkrijk); EHRM 28 juni 1984, no. 7810/77 en 7878/77 (Campbell en Fell v. Verenigd Koninkrijk), par. 120; EHRM 27 april 1988, no. 9659/82 e.a. (Boyle en Rice v. Verenigd Koninkrijk) en EHRM 20 juni 1988, no. 11368/85 (Schönberger en Dumaz v. Zwitserland), NJCM-Bulletin 1988, p. 563.

¹⁴⁰ EHRM 21 februari 1975, no. 4451/70 (Golder v. Verenigd Koninkrijk), NJ 1975, 462, m.nt. EAA, par. 44: ‘There shall be no interference ... except such as... leaves no room for the concept of implied limitations.’

¹⁴¹ EHRM 21 februari 1975, no. 4451/70 (Golder v. Verenigd Koninkrijk), par. 45.

¹⁴² HR 12 december 1986, NJ 1988, 188; HR 18 december 1987, NJ 1988, 844.

¹⁴³ De Boer 1990, p. 52.

¹⁴⁴ EHRM 26 april 1979, no. 6538/74 (Sunday Times v. Verenigd Koninkrijk), par. 47, NJ 1980, 146, m.nt. EAA; EHRM 2 augustus 1984, no. 8691/79 (Malone v. Verenigd Koninkrijk), par. 66; EHRM 30 maart 1989, no. 10461/83 (Chappell v. Verenigd Koninkrijk), par. 52.

met voldoende precisie is geformuleerd, zodat de justitiabele zich er naar kan richten, of, zoals het Hof zei:

‘The Court recalls that the expression “in accordance with the law” implies conditions which go beyond the existence of a legal basis in domestic law and requires that the legal basis be “accessible” and “foreseeable”.’¹⁴⁵

Het behoeft op die grond niet steeds een wet in formele zin te zijn. Hieronder kunnen ook regelingen, gegeven door lagere wetgevende organen, worden verstaan.¹⁴⁶ Er is enige basis in het nationale recht vereist.¹⁴⁷ Aan de kwaliteit van de wet worden eisen gesteld. De kwaliteit van het nationale recht moet in overeenstemming zijn met ‘the rule of law’, genoemd in de preambule van het EVRM en derhalve een zekere bescherming bieden tegen willekeurige inmenging van de publieke autoriteiten in het grondrecht waarom het gaat en tegen misbruik van macht.¹⁴⁸ Het is één van de fundamentele principes van een democratische samenleving, zoals uitdrukkelijk genoemd in de preambule van het EVRM en waaruit de gehele conventie haar inspiratie put.¹⁴⁹ Wat Nederland betreft kunnen vage termen als artikel 6:162 BW en bijvoorbeeld een beleidsplan (artikel 28 Politiewet) in beginsel in aanmerking komen.¹⁵⁰ In het Voorontwerp is bepaald dat de rechter-commissaris op grond van artikel 4.3.4. lid 1 ‘algemene aanwijzingen’ kan geven aan de bewindvoerder. Dergelijke aanwijzingen zijn geen ‘wet’, die grondrechten kunnen beperken. Als voorbeeld kan worden genoemd het vaststellen van regels voor een stemprocedure, indien de schuldeisers zich moeten uitlaten over de vraag of een surseance definitief wordt

¹⁴⁵ EHRM 12 oktober 1999, no. 33274/96 (Foxley v. Verenigd Koninkrijk), par. 34.

¹⁴⁶ HR 24 januari 1967, NJ 1967, 272: ‘Het is onaannemelijk, dat waar in het tweede lid van de artikelen 9 en 10 van het Verdrag van Rome telkens sprake is van ‘prescribed by law’ en ‘prevues par la loi’, daarmede uitsluitend bedoeld zouden zijn voorschriften, welke naar Nederlands recht als wetten in formele zin moeten worden aangemerkt’; HR 9 januari 1987, NJ 1987, 926, r.o. 4.4. slot.

¹⁴⁷ EHRM 25 maart 1983, no. 5947/72 (Silver e.a. v. Verenigd Koninkrijk), par. 86: ‘A first principle that emerges from the Sunday Times judgment is that the interference in question must have some basis in domestic law.’

¹⁴⁸ EHRM 24 maart 1988, no. 10465/83 (Olsson v. Zweden (No. 1), par. 60 (b): ‘The phrase “in accordance with the law” does not merely refer back to domestic law but also relates to the quality of the law, requiring it to be compatible with the rule of law; it thus implies that there must be a measure of protection in domestic law against arbitrary interferences by public authorities with the rights safeguarded by, inter alia, paragraph 1 of Article 8 (see the Malone judgment of 2 August 1984, par. 67).’

¹⁴⁹ EHRM 29 november 1988, no. 11209/84 e.a. (Brogan e.a. v. Verenigd Koninkrijk), par. 58: ‘Judicial control is implied by the rule of law, “one of the fundamental principles of a democratic society, which is expressly referred to in the Preamble to the Convention” (see, mutatis mutandis, the Klass and Others judgment, par. 55) and “from which the whole Convention draws its inspiration”.’; Zie verder HR 23 mei 1986, NJ 1987, 702 t.a.v. de Wet Openbaarheid van Bestuur.

¹⁵⁰ HR 5 juni 1987, NJ 1988, 702 en HR 2 februari 1990, RvdW 1990, 41 en 48, (Goeree); HR 14 oktober 1986, NJ 1988, 511.

verleend of wanneer over een akkoord moet worden gestemd.¹⁵¹ Daarnaast is in het Voorontwerp een regeling opgenomen voor de invoering van een Insolventieraad (artikel 1.1.7 Voorontwerp). De Insolventieraad stelt, op verzoek van de minister van Justitie of ambtshalve, nadere regels betreffende het verloop van de insolventieprocedure, de voorwaarden voor benoembaarheid (bijv. van de bewindvoerder, stille bewindvoerder of lid van de schuldeiserscommissie) alsmede nadere regels ter bevordering van de eenheid van de wijze van rechtspleging in insolventiezaken bij de verschillende gerechten. Bij Algemene maatregel van bestuur kunnen andere taken aan de Insolventieraad worden opgedragen. Het gaat om richtlijnen voor de rechtspraak. Thans komen deze langs informele weg tot stand. Een voorbeeld zijn de Gedragsregels van Insolad, de Aanbevelingen tot toepassing van de wet schuldsanering natuurlijke personen, opgesteld door de werkgroep Faillissementsrecht van de NVvR (Recofa) en de Richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling vastgesteld door Recofa, na overleg met Insolad, de faillissementscommissie van de NOvA en de Nederlandse Vereniging van Banken.¹⁵² Het zijn louter interne aanbevelingen om houvast te bieden bij de afwikkeling van insolventieprocedures. Deze richtlijnen hebben recentelijk een wijziging ondergaan. In het ‘procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken 2009’ zijn verwerkt de onderdelen van de Recofa-Richtlijnen voor faillissementen en surseance van betaling en de Recofa-Richtlijnen voor schuldsaneringsregelingen, die (in afgeslankte vorm) zullen blijven voortbestaan. Met het ontwikkelen van het procesreglement is beoogd een verdere bijdrage te leveren aan het harmoniseren van de werkwijze en werkprocessen van de verschillende rechtbanken in verzoekschriftprocedures in insolventiezaken. Hierbij is het belang van de justitiabele vooropgesteld. Veel rechtbanken kennen afzonderlijke en aanvullende regels. Het is wellicht binnenkort mogelijk dat de Minister richtlijnen bekrachtigt, waardoor ze algemeen verbindend worden. Thans vormen zij geen recht in de zin van artikel 99 RO. Afwijking van deze regels en aanbevelingen is geen grond voor cassatie.¹⁵³ (Vgl. de richtlijnen vervat in het rapport Alimentatienormen van de NVvR).¹⁵⁴

2.9 Tweede voorwaarde: een legitiem doel nastreeft (legitimiteittoets)

Dit wordt ook het doelcriterium genoemd. Wanneer er een inbreuk voorligt, dient de verenigbaarheid met het Verdrag te worden onderzocht, m.a.w. of de inbreuk tot bescherming van één of meer van de in het tweede lid opgesomde rechtsbelangen gaat. In de insolventieprocedure kan daarbij met name worden gedacht aan:

¹⁵¹ A.P.K. Luttikhuis, ‘GTS/KPNQwest, Rb Amsterdam, beschikking 21 februari 2002, JOR 2002, 107’, TvI 2002/5, p. 245

¹⁵² Zie Uitgave Insolad Praktijkregels voor curatoren 2004 en Recofa-richtlijnen 2009.

¹⁵³ A-G Wesseling van Gent voor HR 25 februari 2000, LJN AA4938

¹⁵⁴ HR 1 november 1991, NJ 1992, 30

- Het economisch welzijn van het land. In de rechtspraak van de Hoge Raad ten aanzien van de inzageplicht van artikel 49 lid 1 AWR,¹⁵⁵ en in de zaak X. v. België oordeelde de ECRM dat ‘control of a bankrupt’s correspondence is considered necessary for the protection of the rights of others and in some cases for the economic well-being of the country’.¹⁵⁶
- De bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Dit doel kan geïncorporeerd zijn in een ander, in lid 2 genoemd doel. De Hoge Raad paste het doel toe op een gedwongen psychiatrisch onderzoek van de schuldenaar.¹⁵⁷

De opsomming in artikel 8 lid 2 EVRM is limitatief. Soms worden deze niet afzonderlijk gezien en spreekt men slechts over twee voorwaarden: de legaliteitstoets en de noodzakelijkheidstoets.

2.10 Derde voorwaarde: in een democratische samenleving nodig (noodzakelijkheidstoets)

‘In een democratische samenleving’ (zie ook de preambule van het EVRM) moet worden gelezen in nauw verband met ‘noodzakelijk’. Zij geven een bepaalde kleuring aan het noodzakelijkheidvereiste. Bij de beoordeling van de noodzakelijkheid van een inmenging in een grondrecht verdienen de beginselen die een democratische samenleving kenmerken de grootste aandacht. Kenmerken van een democratische samenleving zijn onder meer pluralisme, tolerantie en ruimdenkendheid.¹⁵⁸ In de insolventieprocedure kan daarbij worden gedacht aan de bescherming van de rechten van schuldeisers in een insolventie, hetgeen nodig is in een democratische samenleving.

2.11 Conclusies

Artikel 8 EVRM beschermt het privé- en gezinsleven, de woning en de correspondentie van de eenieder. Privéleven of privacy is een ruim begrip en omvat vele aspecten van het leven van de mens. Het wordt wel omschreven als het recht van het individu om met rust te worden gelaten, maar ook het recht om persoonlijke informatie privé te houden. Tussen het recht op privacy en het faillissement kan een spanningsveld ontstaan.

Privacybescherming van de schuldenaar, de bestuurder en derden (bijv. werknemers). De curator heeft toegang tot veel informatie over de persoonlijke levenssfeer van de schuldenaar en van vele anderen. Omdat veel schuldeisers,

¹⁵⁵ HR 10 december 1974, NJ 1975, 178.

¹⁵⁶ ECRM 10 maart 1981, no. 8988/80 (X. v. België).

¹⁵⁷ HR 23 december 1983, NJ 1985, 170.

¹⁵⁸ EHRM 8 juli 1985, no. 9815/82 (Lingens v. Oostenrijk), par. 41 en EHRM 24 mei 1988, no. 10737/84 (Müller e.a. v. Zwitserland), par. 33; ‘Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no “democratic society” (see the Handyside judgment of 7 December 1976, par. 49).’

maar ook derden, op deze informatie aanspraak maken verdient het aanbeveling dat het College bescherming persoonsgegevens, tezamen met Recofa of Insolad tot afspraken komen op welke wijze de curator de persoonsgegevens van de diverse belanghebbenden moet verzamelen, vastleggen, bewaren of op de één of andere manier ter beschikking mag stellen.

Het privéleven en gezinsleven. De schuldenaar moet in ruime mate inbreuken op zijn privéleven toestaan. Op de schuldenaar rust de verplichting om voor de curator, de rechter-commissaris en de commissie uit de schuldeisers te verschijnen en alle inlichtingen te verschaffen, waarvan hij weet of moet begrijpen dat zij in het belang zijn van een doeltreffende afwikkeling van het faillissement. Bij een faillissement van een persoon die in gemeenschap van goederen is gehuwd of in gemeenschap van goederen een geregistreerd partnerschap is aangegaan, rust deze verplichting op ieder van de echtgenoten, onderscheidenlijk de geregistreerde partner, voor zover hij heeft gehandeld. Indien de schuldenaar een rechtspersoon is rust deze verplichting ook op de (ex-) bestuurders en de (ex-) commissarissen. Het gaat hierbij zowel om informatie die mondeling wordt overgebracht als om informatie die op schrift is gesteld. Deze informatie circuleert tussen een groot aantal partijen. De curator en rechter-commissaris kunnen de verkregen informatie doorgeven aan derden. Derden kunnen informatie ontvangen indien zij hun aanspraak kunnen baseren op artikel 3:15j BW en artikel 843a Rv. Een verzoek om informatie kan op de voet van artikel 69 Fw worden gedaan. Hij die informatie verzoekt moet zijn belang daarbij aangeven. Het voorschrift van artikel 69 Fw heeft een beperkte strekking en is in beginsel slechts gegeven om de daarin genoemden invloed toe te kennen op het beheer over de failliete boedel en om, zo zij menen dat bij dit beheer fouten worden gemaakt, deze te doen herstellen of voorkomen, en niet om hen in de gelegenheid te stellen op deze eenvoudige wijze aan hen persoonlijk toekomende rechten tegenover de boedel geldend te maken. De schuldenaar heeft niet steeds recht op inzage in het niet openbare gedeelte van het faillissementsdossier. Dit zou een aanpassing verdienen. Indien derden informatie verzoeken past een terughoudend beleid. Er zal steeds een belangenafweging moeten worden gemaakt tussen het belang van degene van wie de informatie afkomstig is en van degene die deze ontvangt. Uit de motivering van de beschikking moet deze afweging blijken. Een noodzaak om informatie, de schuldenaar of de schuldeisers betreffende, via de media of via het internet naar buiten te brengen zal feitelijk nooit bestaan.

De woning, het privé- en gezinsleven. Indien de rechter-commissaris toestemming verleent voor de verkoop van het woonhuis waarin de schuldenaar en zijn kinderen in gezinsverband samenwonen zou de rechter-commissaris hieraan extra aandacht moeten schenken. Hij kan de schuldenaar zo mogelijk een termijn toestaan afhankelijk van de diverse belangen, het gedrag van de echtlieden in de periode voorafgaande aan het faillissement, de financiële positie en de positie van met name de kinderen. Ook uit deze beschikking moet blijken dat

een belangenafweging heeft plaatsgevonden. Hier kan aansluiting worden gezocht met vele omringende landen.

De correspondentie. De postblokkade is een ernstige inbreuk op de privacy van de schuldenaar en zijn gezin, maar ook van derden die met de schuldenaar corresponderen en mogelijk zelf geheel buiten het faillissement staan. Het is daarvoor al te vaak een bron van misverstanden en ongenoegen. Het gaat om de correspondentie die TNT (Post) in plaats van aan de schuldenaar aan de curator aflevert. Omdat TNT (Post) sedert april 2009 haar monopoliepositie, met name voor wat betreft het verzenden van brieven, heeft verloren is een wetswijziging op korte termijn noodzakelijk. Hoewel deze wijziging heeft plaatsgevonden gaat deze niet vergenoeg. Het zou aanbeveling verdienen indien het College bescherming persoonsgegevens, tezamen met Recofa of Insolad, tot afspraken komt op welke wijze de curator de persoonsgegevens van de belanghebbenden moet verzamelen, vastleggen, bewaren of op de één of andere manier ter beschikking mag stellen.

HOOFDSTUK 3

Artikel 6 en 13 EVRM: het recht op een eerlijk proces

1. Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging heeft eenieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld. De uitspraak moet in het openbaar worden gewezen maar de toegang tot de rechtszaal kan aan de pers en het publiek worden ontzegd gedurende de gehele terechtzitting of een deel daarvan, in het belang van de goede zeden, van de openbare orde of nationale veiligheid in een democratische samenleving, wanneer de belangen van minderjarigen of de bescherming van het privéleven van procespartijen dit eisen of, in die mate als door de rechter onder bijzondere omstandigheden strikt noodzakelijk wordt geoordeeld, wanneer de openbaarmaking de belangen van een behoorlijke rechtspleging zou schaden.
2. Eenieder tegen wie een vervolging is ingesteld, wordt voor onschuldig gehouden tot dat zijn schuld in rechte is komen vast te staan.
3. Eenieder tegen wie een vervolging is ingesteld, heeft in het bijzonder de volgende rechten:
 - a. onverwijd, in een taal die hij verstaat en in bijzonderheden, op de hoogte te worden gesteld van de aard van de tegen hem ingebrachte beschuldiging;
 - b. te beschikken over de tijd en faciliteiten die nodig zijn voor de voorbereiding van zijn verdediging;
 - c. zichzelf te verdedigen of daarbij de bijstand te hebben van een raadsman naar eigen keuze of, indien hij niet over voldoende middelen beschikt om een raadsman te bekostigen, kosteloos door een toegevoegd advocaat te kunnen worden bijgestaan, indien de belangen van een behoorlijke rechtspleging dit eisen;
 - d. getuigen à charge te ondervragen of te doen ondervragen en het oproepen en ondervragen van getuigen à décharge te doen geschieden onder dezelfde voorwaarden als het geval is met de getuigen à charge;
 - e. zich kosteloos te doen bijstaan door een tolk, indien hij de taal die ter terechtzitting wordt gebezigd niet verstaat of niet spreekt.¹

¹ Trb. 1990, 156. Deze tekst vervangt de aanvankelijke vertaling, opgenomen in Trb. 1951, 154, p. 36-37.

3.1 Inleiding

In het IVBPR is de met artikel 6 EVRM overeenstemmende bepaling artikel 14. De bepalingen dat eenieder recht heeft op een eerlijk proces bevat proceswaarborgen die de rechtzoekende mag verlangen en de rechter dient op de handhaving daarvan toe te zien. Het is enerzijds te beschouwen als een ‘institutioneel sluitstuk van onze rechtsstaat’,² maar anderzijds moet worden bedacht dat het niet meer is dan een minimumnorm. Het is uiteindelijk de resultante van een onderhandelingsproces tussen verdragspartners met zeer uiteenlopende (proces)recht(s)culturen.³ Hierna wordt hoofdzakelijk artikel 6 lid 1 EVRM behandeld, omdat artikel 14 lid 1 IVBPR weinig eigen betekenis heeft. Vaak wordt op beide artikelen gelijktijdig een beroep gedaan, die de rechter dan gelijktijdig of in combinatie behandelt. Smits schrijft dit onder meer toe aan enkele formele zwakten in het toetsingskader van het IVBPR.⁴ Hierop werd reeds gewezen in paragraaf 2.1.

De UVRM kent soortgelijke bepalingen over het recht op een eerlijk proces, Artikel 10 UVRM geeft regels voor het vaststellen van rechten en verplichtingen en bij het bepalen van de gegrondheid van een ingestelde strafvervolgning. Artikel 11 UVRM, alsmede artikel 14 lid 2 IVBPR, bevat dezelfde regel als artikel 6 lid 2 EVRM, de onschuldpresumptie.

Artikel 6 EVRM geeft een aantal grondrechten of fundamentele grondbeginselen. Deze zijn van toepassing op civielrechtelijke, strafrechtelijke en bestuursrechtelijke procedures.⁵ Deze grondbeginselen zijn ook neergelegd in de Grondwet, het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, het Wetboek van Strafvordering, de Algemene wet bestuursrecht en de Faillissementswet. Het tweede en derde lid van artikel 6 EVRM hebben specifiek betrekking op strafrechtelijke procedures. De waarborgen in het eerste lid zijn van toepassing op alle procedures waarin burgerlijke rechten en verplichtingen worden vastgesteld of de gegrondheid van een ingestelde strafvervolgning wordt bepaald.

3.2 Indeling van dit hoofdstuk

Dit hoofdstuk vormt een algemene inleiding op het leerstuk van een eerlijk proces. Ik laat mij voor wat de indeling betreft leiden door de inhoud van artikel 6

² A.M. Donner, ‘De machten en de rechterlijke macht’, RM Themis (1989), p. 428-437.

³ Dommering 1983, p. 156.

⁴ Smits 1996, p. 6-7.

⁵ EHRM 16 juli 1971 no. 2614/65 (Ringeisen v. Oostenrijk), par. 94: ‘For Article 6, paragraph 1, to be applicable to a case (“contestation”) it is not necessary that both parties to the proceedings should be private persons, which is the view of the majority of the Commission and of the Government. The character of the legislation, which governs how the matter is to be determined (civil, commercial, administrative law, etc.) and that of the authority which is invested with jurisdiction in the matter (ordinary court, administrative body, etc.) are therefore of little consequence.’

lid 1 EVRM zelf. Opeenvolgend worden besproken: het recht op toegang tot de rechter (3.3); het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen (3.4); het bepalen van de gegrondheid van een strafvervolgning (3.5); het recht op een eerlijke behandeling (3.6); het recht op een openbare behandeling (3.7); het recht op afwikkeling van de procedure binnen een redelijke termijn (3.8); het recht op rechtspraak door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht (3.9) en het recht dat de uitspraak in het openbaar wordt gewezen (3.10). Er zijn nog andere grondbeginselen, die niet (apart) in artikel 6 EVRM zijn genoemd, zoals het recht op tegenspraak ('hoor en wederhoor'), de gelijkheid van wapenen ('equality of arms') het recht op een motivering van de uitspraak en een goede procesorde ('fair play'). Deze elementen zijn onderdeel van het recht op een eerlijk proces en komen in paragraaf 3.6 aan de orde. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met enkele conclusies (3.11).

3.3 Het recht op toegang tot de rechter

Artikel 6 lid 1 EVRM geeft naast het recht op een eerlijke behandeling ook het recht om een zaak bij de rechter aanhangig te maken, ook al noemt dit artikel het recht op toegang niet. Het spreekt echter voor zich dat een eerlijke en openbare behandeling, binnen een redelijke termijn en door een onafhankelijke en onpartijdige rechter, de toegang tot die rechter impliceert. De Engelse tekst van artikel 6 lid 1 EVRM lijkt te duiden op de gang van zaken tijdens en de kwaliteit van een proces. De Engelse authentieke tekst spreekt over: 'In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly (...).' De Franse, eveneens authentieke, tekst zegt: 'Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendu équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement (...).' Hoewel de teksten ogenschijnlijk niet veel verschillen wordt in de Franse tekst het recht op een proces voorop gezet.⁶ Het recht op toegang tot de rechter is uitdrukkelijk vastgelegd in het arrest *Golder v. Verenigd Koninkrijk*:

'Taking all the preceding considerations together, it follows that the right of access constitutes an element which is inherent in the right stated by Article 6 § 1. This is not an extensive interpretation forcing new obligations on the Contracting States: it is based on the very terms of the first sentence of Article 6 § 1 read in its context and having regard to the object and purpose of the Convention, a lawmaking treaty (...), and to general principles of law.'⁷

⁶ In dit kader wordt verwezen naar de verhandeling in EHRM 21 februari 1975, no. 4451/70 (*Golder v. Verenigd Koninkrijk*), m.n. de dissenting opinion van Sir Gerald Fitzmaurice en de noot van E.A. Alkema onder NJ 1975, 462.

⁷ (*Golder v. Verenigd Koninkrijk*), par. 36.

Het door artikel 6 EVRM gewaarborgde recht op een eerlijk proces, is daarmee het recht op een ‘effective access to the courts’. Dit recht brengt voor de verdragsluitende staten de positieve verplichting met zich mee maatregelen te treffen die ertoe leiden dat de rechtzoekende, die meent dat sprake is van een inbreuk op één van zijn in het nationale recht toegekende burgerlijke rechten of verplichtingen, dienaangaande ook daadwerkelijk toegang heeft tot een onafhankelijke, onpartijdige rechter. Dit recht op effectieve toegang tot de rechter is geen absoluut recht, zodat dit door de verdragsluitende staten aan beperkingen kan worden onderworpen. Deze beperkingen kunnen zijn gelegen in het procesrecht, maar ook in de staat van personen, waaronder uitdrukkelijk ook het faillissement is te begrijpen.⁸

Toen in het faillissement van een bank, waarin klager, een rechtspersoon die 98% van de aandelen van de desbetreffende bank in bezit hield, opkwam tegen de beslissing tot gedwongen verkoop van alle bezittingen van de bank, verwijdering van de naam van de bank uit het handelsregister en de vernietiging van de rechten van aandeelhouders en van bepaalde schuldeisers, was klager daarover niet gehoord. Het EHRM merkte deze beslissing aan als betrekking hebbende op het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen in de zin van artikel 6 EVRM. Het EHRM herhaalde dat het recht op toegang tot de rechter niet absoluut is en dat beperkingen mogelijk zijn, zolang een ‘legitimate aim’ werd nagestreefd en de beperkingen proportioneel waren. Beperkingen zijn, zo overweegt het hof, in het bijzonder toegestaan ‘in situations involving bankruptcy’. Wanneer het vereist zou zijn dat de rechter alle aandeelhouders en crediteuren te horen, zou dit een aanzienlijke vertraging in de verkoop tot gevolg zou hebben, alsmede een verder uitstel van betalingen aan schuldeisers en de afronding van de insolventieprocedure. Onder de gegeven omstandigheden (waaronder overigens de omstandigheid dat het i.c. ging om een bank) komt het EHRM tot de conclusie dat de beperking niet disproportioneel was en het legitieme doel diende van het beschermen van de rechten van de schuldeisers en het goede beheer van de failliete boedel van de bank.⁹

Eenzelfde recht op toegang tot de rechter lijkt ook te volgen uit artikel 13 EVRM (Recht op daadwerkelijke rechtshulp) dat luidt:

‘Eenieder wiens rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn gemeld, zijn geschonden, heeft recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel voor een nationale instantie, ook indien deze schending is begaan door personen in de uitoefening van hun ambtelijke functie.’

⁸ Smits 1996, p.17-24, 59-60 en 69-70; A. Knigge 1998, p. 10-16.

⁹ EHRM 1 april 2004, no. 50357/99 (Camberrow MM5 AD/Bulgarije).

Donner noemt artikel 13 EVRM logisch-theoretisch een nog belangrijker bepaling dan artikel 6 EVRM.¹⁰ Omdat artikel 35 EVRM bepaalt dat het Europese Hof pas een zaak in behandeling neemt nadat de nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput geeft artikel 13 EVRM de verplichting om rechtshulp in een nationale instantie te voorzien waardoor, los van het toezicht op internationaal niveau, eventuele schendingen van het EVRM en de protocollen in de aanvangsfase kunnen worden behandeld.¹¹ Toch moet artikel 13 EVRM beperkter dan artikel 6 lid 1 EVRM worden opgevat. Artikel 13 EVRM is ‘complementair’ van aard, wat inhoudt dat het recht enkel in samenhang met een ander recht kan worden ingeroepen.¹² Een ‘daadwerkelijk rechtsmiddel’ is niet steeds gelijk aan een beroep op een onafhankelijke overheidsrechter, maar kan ook bestaan uit een andere vorm van rechtsbescherming.¹³ In artikel 6 lid 1 EVRM gaat het om ‘toegang tot de rechter en om het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen’, dat een meer omvattend recht is dan de ‘rechten en vrijheden’ die in artikel 13 EVRM zijn genoemd. Indien het Europese Hof moet oordelen over artikel 6 EVRM wordt de toetsing aan artikel 13 EVRM dan ook niet (steeds) toegepast. De waarborg van artikel 13 EVRM is minder streng dan die in artikel 6 EVRM en wordt bovendien geabsorbeerd door de waarborg in dat laatstgenoemde artikel.¹⁴ Met de woorden ‘rechterlijke instantie’ wordt bedoeld ‘organen die gemeenschappelijk fundamentele trekken vertonen’ waarvan onafhankelijkheid en onpartijdigheid en de ‘waarborgen van een rechterlijke procedure’ de belangrijkste zijn. Met deze overweging heeft het EHRM in de Benthem-zaak geoordeeld dat het toenmalige Nederlandse Kroonberoep en de behandeling door de Afdeling geschillen van bestuur van de Raad van State niet gelden als een eerlijke berechting door een onafhankelijke en onpartijdige rechter in de zin van artikel 6 lid 1 EVRM en dat deze procedures daarmee in strijd zijn.¹⁵ Op dezelfde gronden heeft het EHRM geoordeeld dat ook de administratieve procedure van de Centrale Raad van Beroep en de Raden van Beroep niet voldeed aan

¹⁰ A.M. Donner, ‘De machten en de rechterlijke macht’, RM Themis 1989, p. 428-437.

¹¹ Barkhuysen 1998, p. 253-256 en 249-250.

¹² Van de Lanotte en Haeck, 2-II, p. 80.

¹³ (Golder v. Verenigd Koninkrijk), par. 33; EHRM 6 september 1978, no. 5029/71 (Klass e.a. v. Duitsland), par. 67, AAe 1979, 327 (EAA).

¹⁴ EHRM 9 oktober 1979, no. 6289/73 (Airey v. Ireland), NJ 1980, 376, m.nt. EAA, par. 35: ‘Since Articles 13 and 6 para. 1 overlap in this particular case, the Court does not deem it necessary to determine whether there has been a failure to observe the requirements of the former Article (art. 13): these requirements are less strict than, and are here entirely absorbed by, those of the latter Article (art. 6-1) (see, mutatis mutandis, the above-mentioned De Wilde, Ooms and Versyp judgment of 18 June 1971, par. 95)’ en in gelijke zin EHRM 28 juni 1990, no. 11309/84 (Mats Jakobsson v. Zweden), par. 38 en EHRM 21 februari 1990, no. 11855/85 (Håkansson en Stureson v. Zweden), par. 69.

¹⁵ EHRM 23 oktober 1985, no. 8848/80 (Benthem v. Nederland), par. 43-44, NJ 1986, 102, m.nt. EAA en AAe 1986, 229.

artikel 6 lid 1 EVRM.¹⁶ Dit heeft uiteindelijk geleid tot de Algemene wet bestuursrecht.

3.3.1 Het recht op toegang tot de rechter gedurende het faillissement

Gedurende het faillissement hebben de daarbij betrokken rechtssubjecten geen onbeperkt recht op toegang tot de rechter. Voor wat dit recht betreft kan worden gekeken naar:

- Procedures die op het moment van faillietverklaring nog niet van start zijn gegaan (de nieuwe procedures) waarbij een onderscheid moet worden gemaakt tussen procedures die niet verifieerbare vorderingen betreffen (artikel 25 Fw) en procedures betreffende vorderingen die wel kunnen worden geverifieerd (artikel 26 Fw);
- Procedures die reeds aanhangig zijn op het moment dat de schuldenaar in staat van faillissement wordt verklaard (de lopende procedures). Dit kunnen ook procedures zijn betreffende niet verifieerbare vorderingen (artikel 28 Fw) en vorderingen die wel kunnen worden geverifieerd (artikel 29 Fw), alsmede (de lopende) procedures die door de schuldenaar zijn ingesteld (artikel 27 Fw);
- Bestuursrechtelijke procedures (artikel 8: 22 Awb);
- De toegang tot de rechter-commissaris (artikel 69 Fw);
- Het instellen van rechtsmiddelen;
- De verificatie van schuldvorderingen.

De artikelen 25 tot en met 31 Fw regelen de gevolgen van het faillissement op procedures waarbij het vermogen van de schuldenaar betrokken is of betrokken raakt gedurende het faillissement. Er zijn procedures waarbij de boedel niet betrokken is, maar alleen de schuldenaar persoonlijk, of waarbij alleen het buiten het faillissement vallend vermogen betrokken is. Met betrekking tot deze procedures blijft de schuldenaar volledig bevoegd om als eiser of als gedaagde op te treden.

Procedures betreffende niet-verifieerbare vorderingen. De hoofdregel van artikel 25 lid 1 Fw bepaalt dat rechtsvorderingen die rechten of verplichtingen tot de failliete boedel behorende ten onderwerp hebben door, respectievelijk tegen, de curator moeten worden ingesteld. De schuldenaar in het faillissement verliest niet zijn handelingsbevoegdheid, maar het faillissement brengt wel met zich mee dat de schuldenaar het beheer en de beschikking over zijn vermogen verliest en niet meer aan een veroordelend vonnis kan voldoen. Artikel 25 lid 2 Fw bepaalt dat wanneer een rechtsvordering door of tegen de schuldenaar is ingesteld of voortgezet en een veroordeling van de schuldenaar tot gevolg heeft, die veroordeling tegenover de boedel geen rechtskracht heeft.

¹⁶ EHRM 29 mei 1986, no. 8562/79 (Feldbrugge v. Nederland), NJ 1987, 432, m.nt. EAA; EHRM 29 mei 1986 no. 9384/81 (Deumeland v. Duitsland), AAe 1987, p. 242, m.nt. E.P. de Jong.

Procedures betreffende verifieerbare vorderingen. Rechtsvorderingen, die de voldoening van een verbintenis uit de boedel ten doel hebben (bijvoorbeeld een verbintenis tot betaling van een geldschuld), kunnen gedurende het faillissement niet tegen de schuldenaar ingesteld worden. Zij moeten worden aangemeld ter verificatie (artikel 26 Fw).

Door de schuldenaar ingestelde procedures. Indien de rechtsvordering tijdens de faillietverklaring aanhangig is en door de schuldenaar is ingesteld, dan wordt het geding ten verzoeken van de gedaagde geschorst, teneinde deze de gelegenheid te geven, binnen een door de rechter te bepalen termijn, de curator tot overneming van het geding op te roepen (artikel 27 lid 1 Fw). Zo deze aan die oproeping geen gevolg geeft, heeft de gedaagde het recht ontslag van instantie te vragen. Bij gebreke daarvan kan het geding tussen de schuldenaar en de gedaagde worden voortgezet, buiten bezwaar van de boedel (artikel 27 lid 2 Fw). Ook zonder opgeroepen te zijn, is de curator bevoegd het proces te allen tijde over te nemen en de schuldenaar buiten het geding te stellen (artikel 27 lid 3 Fw).

Artikel 27 Fw hangt samen met de hoofdregel van artikel 25 Fw. De mogelijkheid van ontslag van instantie is in de Faillissementswet opgenomen omdat het onbillijk zou zijn dat de gedaagde, als hij het geding zou winnen, de proceskosten niet op de schuldenaar (de eiser) zou kunnen verhalen.¹⁷ De gedaagde is niet verplicht van deze mogelijkheid gebruik te maken. Blijft een verzoek van de gedaagde om ontslag van instantie achterwege, dan kunnen de schuldenaar en de gedaagde gewoon doorprocederen. Een eventuele veroordeling van de schuldenaar heeft dan echter geen rechtskracht tegenover de boedel.

Artikel 313 Fw verklaart de artikelen 25 en 27 Fw van overeenkomstige toepassing in de schuldsanering van een natuurlijke persoon. Artikel 296 Fw bepaalt dat de schuldenaar door de uitspraak tot toepassing van de schuldsaneringsregeling de bevoegdheid verliest om over de tot de boedel behorende goederen te beschikken. De omstandigheid dat de bewindvoerder en niet de schuldenaar, beslist over het voeren van een procedure ter incassering van een vordering die tot de boedel behoort, is het gevolg van het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling. Indien een situatie waarin een schuldsaneringsregeling van toepassing is verklaard in de periode gelegen tussen de einduitspraak in eerste aanleg en het instellen van het hoger beroep, overwoog de Hoge Raad voor een vergelijkbare situatie in faillissement, dat indien de schuldenaar zelf in hoger beroep komt van een uitspraak betreffende een door hem vóór zijn faillietverklaring ingestelde rechtsvordering, zijn wederpartij dezelfde bevoegdheid heeft die de gedaagde in artikel 27 Fw wordt toegekend.¹⁸

Een ontslag van instantie heeft uitsluitend betrekking op de instantie waarin het geding aanhangig is. Indien het ontslag van instantie wordt verleend in eerste

¹⁷ Zie de conclusie van A-G Biegman-Hartogh voor HR 22 november 1991, NJ 1992, 765, m.nt. HJS; HR 26 april 1996, NJ 1996, 609, r.o. 3.7.

¹⁸ HR 18 november 1983, NJ 1984, 256 m.nt. G en WHH, r.o. 3.2.

aanleg, dan zijn de gevolgen beperkt: de eisende partij kan na afwikkeling van het faillissement of de schuldsanering in beginsel opnieuw een procedure tegen dezelfde gedaagde aanvangen.¹⁹ Wanneer het ontslag van instantie wordt verleend in het stadium van hoger beroep, dan heeft het ontslag van instantie tot gevolg dat het vonnis van de eerste rechter kracht van gewijsde verkrijgt.²⁰ Indien in dat vonnis van de eerste rechter een beslissing is gegeven over de rechtsbetrekking in geschil, dan kan de gedaagde het gezag van gewijsde van dat vonnis tegenwerpen aan de eiser (de gewezen faillissementsschuldenaar) wanneer deze opnieuw een procedure zou willen beginnen (zie artikel 236 Rv).

De rechter is niet verplicht op basis van artikel 27 Fw ontslag van instantie te verlenen wanneer daarom is verzocht. De Hoge Raad oordeelde:

‘Art. 27 lid 2 Fw dwingt niet tot toewijzing van een verzoek tot verlening van ontslag van de instantie; de rechter mag onder omstandigheden het verzoek afwijzen. Hiervoor zal reden zijn indien de vorderingen in conventie en in reconventie zodanig verweven zijn dat de band tussen beide vorderingen niet zonder noodzaak dient te worden verbroken. Toewijzing van het verzoek zou dan in strijd komen met de eisen van een goede procesorde (vgl. HR 22 november 1991, NJ 1992, 765).’²¹

A-G Biegman-Hartogh wees er in haar conclusie, voor de hierboven aangehaalde beschikking, op dat de tekst van de Faillissementswet niet dwingt tot toewijzing van het verzoek om ontslag van instantie. Anders dan in artikel 75 (oud) Rv, spreekt de wet niet van ‘zal van de instantie worden ontslagen’, maar noemt slechts het recht erom te vragen. Dit betekent dat de rechter dit verzoek onder omstandigheden ook mag afwijzen, waarna het geding buiten bezwaar van de boedel kan worden voortgezet, tenzij reeds eerder ontslag van instantie is verleend.

In de meeste gevallen waarin de schuldenaar in een faillissement, of de schuldenaar in de schuldsaneringsregeling, optreedt als eiser met betrekking tot een vordering die in de boedel valt, dan zal de curator, respectievelijk de bewindvoerder, er in de regel belang bij hebben om de procedure over te nemen. Indien de bewindvoerder geen heil voor de boedel ziet in het voortzetten van het geding, dan kunnen de partijen de procedure buiten bezwaar van de boedel voortzetten.

In een procedure tussen echtelieden, waarin de vordering van de vrouw (tegen haar man) tot betaling van een geldsom werd afgewezen en op de vrouw, na het instellen van hoger beroep, een schuldsaneringsregeling van toepassing werd verklaard en de bewindvoerder besloot de procedure niet over te nemen, vroeg de man om ontslag van instantie. Bij de beoordeling van dit verzoek behoort de rechter een afweging te maken tussen enerzijds het belang van de

¹⁹ HR 21 april 1995, NJ 1995, 682 m.nt. HER.

²⁰ Vgl. T&C Rv (2005), aant. 2 op art. 123.

²¹ HR 11 januari 2002, NJ 2003, 311 rov. 5.3, m.nt. HJS, r.o. 5.3.

man/geïntimeerde (te weten: de mogelijkheid dat hij door het voortzetten van de appelprocedure op (proces)kosten wordt gejaagd die hij, wanneer hij in het gelijk zou worden gesteld, niet op de vrouw zal kunnen verhalen) en anderzijds het belang van de vrouw/appellante dat voorkomen wordt dat het afwijzende vonnis van de eerste rechter kracht van gewijsde verkrijgt en de man, in een na afloop van de schuldsaneringsperiode eventueel opnieuw door haar in te stellen procedure, het gezag van gewijsde van dat vonnis aan haar zal kunnen tegenwerpen.²² Hier kan een verband worden gelegd met het recht op toegang tot de rechter teneinde een vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen te verkrijgen en eventueel met het in artikel 1 Eerste Protocol EVRM beschermde recht. Het algemeen beslag op vermogensbestanddelen van de schuldenaar, dat aan een faillissement eigen is, rechtvaardigt in beginsel een inbreuk op het recht om zelf het vorderingsrecht uit te oefenen. Indien de curator de procedure niet overneemt kan het algemeen belang de inbreuk niet langer rechtvaardigen.²³

Bij het aanleggen van deze beperkingen in de toegang tot de rechter laat het EHRM de verdragssluitende staten de nodige beoordelingsvrijheid ('margin of appreciation'). De grens van deze vrijheid de toegang tot de rechter te reguleren ligt daar waar een regeling het recht op effectieve toegang in zijn kern aantast, het doel van de beperking niet gerechtvaardigd is en waar geen proportionele band bestaat tussen het doel en de daarvoor gebezigde middelen. In de woorden van het EHRM:

'(...) the limitations applied must not restrict or reduce the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired. Furthermore, a limitation will not be compatible with Article 6 (1) if it does not pursue a legitimate aim and there is not a reasonable relationship between the means employed and the aim sought to be achieved..²⁴

Artikel 27 Fw houdt ontegenzeggelijk een beperking in van het recht van de schuldenaar op een effectieve toegang tot de rechter. De strekking van de bepaling is immers dat de beslissing over voortzetting van een door de schuldenaar ingestelde procedure omtrent de vaststelling van diens burgerrechtelijke rechten en verplichtingen, toekomt aan de curator en de wederpartij. A-G Timmerman is echter van oordeel dat deze beperking blijft binnen de hiervoor genoemde grenzen, omdat:

²² Ter vergelijking kan nog worden gewezen op Hof Amsterdam 5 maart 1936, NJ 1936, 654. Het ging toen om een verificatiegeschil. Het hof oordeelde dat een in staat van faillissement verklaarde procespartij bevoegd is om – in strijd met het inzicht van de curator, die de vordering van de wederpartij erkende – zelfstandig hoger beroep in te stellen om te voorkómen dat bij gebreke van een tijdig ingesteld hoger beroep een rechtsgevolg zou intreden dat niet te rijmen is met de bevoegdheid van de schuldenaar om zelfstandig hoger beroep in te stellen.

²³ HR 11 januari 2002, NJ 2003, 311.

²⁴ EHRM 28 mei 1985, no. 8225/78 (Ashingdane v. Verenigd Koninkrijk), par. 57, NJ 1991, 623.

- met de regeling van artikel 27 Fw de gerechtvaardigde belangen van derden zijn gemoeid;
- het recht van de schuldenaar om de betrokken burgerrechtelijke rechten en verplichtingen aan de rechter voor te leggen aanwezig blijft;
- de schuldenaar de gelegenheid heeft vooraf te worden gehoord.

De grenzen liggen daar waar een regeling het recht op effectieve toegang in zijn kern aantast, de beperking niet gerechtvaardigd is en waar geen proportionele band bestaat tussen het doel en de daarvoor gebezigde middelen.

In de beslissing van de ECRM werd de klager niet-ontvankelijk verklaard in zijn klacht dat hij ten aanzien van zijn bezwaar tegen het besluit van de voor hem aangestelde ‘Receiver’ om een door hem ingestelde civiele procedure te doen schorsen, geen toegang tot de rechter had. De Commissie overwoog:

‘In the majority of the contracting states, the right of access to court is regulated in respect of minors, vexatious litigants, persons of unsound mind and persons declared bankrupt. Such regulations are not in principle contrary to Article 6 of the Convention, where the aim pursued is legitimate and the means employed to achieve the aim is proportionate.’²⁵

Onder de gegeven omstandigheden achtte de Commissie de beperking van de klagers toegang tot de rechter niet in strijd met artikel 6 EVRM. In dezelfde beslissing zag de Commissie ook geen schending van artikel 6 EVRM in de omstandigheid dat de klager – naar hij stelde – niet was opgeroepen voor een vergadering van schuldeisers: ‘even assuming the creditors’ meeting, as an integral part of the bankruptcy proceedings, could be said to involve the applicant’s civil rights and obligations within the meaning of Article 6 para. 1 of the Convention, the Commission finds that no final determination of such rights was reached, since the meeting was adjourned for lack of quorum and no resolution was passed.’

Ook niet-ontvankelijk was de klacht wegens het gebrek aan toegang tot de rechter voor een schuldenaar die bezwaar had tegen de gerechtelijke veiling van zijn goederen en tegen de aanvaarding door de executerende instantie van een door hem te laag geacht bod. De Commissie overwoog onder meer ‘Recalling that the applicant had a right to appeal against the decision to declare him bankrupt and that he may bring a civil action for damages against the receiver of the estate in the ordinary courts, the Commission considers that the above-mentioned limitations on his access to court were not disproportionate to those legitimate aims’ (te weten: ‘protecting the rights of his creditors and safeguarding the proper administration of the bankruptcy estate’).²⁶

In een beslissing van het EHRM werd de klager gedeeltelijk niet-ontvankelijk verklaard. De klacht betrof de van rechtswege schorsing van een civiele proce-

²⁵ ECRM 4 mei 1987, no. 12040/86 (M. v. Verenigd Koninkrijk).

²⁶ ECRM 14 januari 1998, no. 34072/96 (Sjöö v. Zweden).

dure waarbij een schuldenaar partij was en de vordering betrekking had op de boedel. Deze beperking achtte het Hof aanvaardbaar in het licht van een gerechtvaardigd doel: de bescherming van de rechten van schuldeisers en de verzekering van een goed beheer van de boedel in het belang van de gemeenschap, namelijk de betaling van klagers schulden in een zo hoge mate als mogelijk is.²⁷

Lopende procedures betreffende niet-verifieerbare vorderingen. Indien de rechtsvordering tijdens de faillietverklaring aanhangig en tegen de schuldenaar ingesteld is, is de eiser bevoegd schorsing te verzoeken, teneinde, binnen een door de rechter te bepalen termijn, de curator in het geding te roepen. (artikel 28 lid 1 Fw). Door zijn verschijning neemt deze het proces over en is de schuldenaar van rechtswege buiten het geding (artikel 28 lid 2 Fw).

Lopende procedures betreffende verifieerbare vorderingen. Voor zover tijdens de faillietverklaring aanhangige rechtsvorderingen de voldoening van een verbintenis uit de boedel ten doel hebben, wordt het geding na de faillietverklaring geschorst, om alleen dan voortgezet te worden, indien de vordering betwist wordt. In dit geval wordt hij, die de betwisting doet, in de plaats van de schuldenaar, partij in het geding (artikel 29 Fw).

Bestuursrechtelijke vorderingen. Artikel 8:22 Awb verklaart de artikelen 25, 27 en 31 Fw van overeenkomstige toepassing in geval van faillissement, surseance van betaling of schuldsaneringsregeling. In een procedure betreffende een belastingaanslag kan de Ontvanger derhalve de loop van het geding beïnvloeden. De Commissie Insolventierecht is van oordeel dat het aanbeveling verdient wanneer deze procedures door de insolventverklaring van rechtswege geschorst zouden worden. Hierbij past een aantekening. Uit artikel 8:22 Awb, in verbinding met de artikelen 25 lid 1 en 27 lid 1 en lid 2 Fw, volgt niet duidelijk of de schuldenaar na de faillietverklaring bevoegd is zelf beroep in te stellen voor zover de procedure betrekking heeft op rechten en verplichtingen van de boedel. Indien artikel 8:22 Awb tot een dergelijke beperking van de processuele mogelijkheden van de schuldenaar aanleiding zou kunnen geven moet die bepaling, wegens strijd met het EVRM, buiten toepassing worden gelaten. Artikel 8:22 Awb lijkt ertoe te strekken dat in het geval de curator het beroep van de schuldenaar niet wenst over te nemen, het in de macht van het bestuursorgaan ligt om een beroep te doen eindigen in een niet-ontvankelijkverklaring. De rechtbank Rotterdam achtte een dergelijke afdoening van het beroep niet aanvaardbaar. De van overeenkomstige toepassing verklaarde bepalingen van de Faillissementswet lijken zich niet goed te verhouden tot het beroep in het bestuursrechtelijke geding. Indien de schuldenaar beroep instelt tegen een besluit dat op hem een geldvordering van het bestuursorgaan heeft doen ontstaan, dan is dat in civielrechtelijke zin vergelijkbaar met de schuldenaar in een procedure die tijdens de faillietverklaring aanhangig is, als bedoeld in artikel 28 Fw. De rechtbank achtte het uit

²⁷ EHRM 15 januari 2002, no. 44165/98 (Skroboł v. Polen).

een oogpunt van rechtsbescherming ontoelaatbaar dat een faillissement enige invloed kan hebben op de mogelijkheid voor een natuurlijke persoon of een rechtspersoon om een boete – hetgeen een strafvervolging is als bedoeld in artikel 6 EVRM – niet zelf in rechte te kunnen aanvechten. Voor zover artikel 8:22 Awb tot een dergelijke beperking van de processuele mogelijkheden van de schuldenaar zou kunnen leiden, moet die bepaling buiten toepassing worden gelaten wegens strijd met het EVRM. Meer in het bijzonder wijst de rechtbank in dit verband op artikel 6 lid 3, aanhef onder c. EVRM dat bepaalt dat eenieder tegen wie een vervolging is ingesteld, in het bijzonder het recht heeft zich zelf te verdedigen. Uit deze verdragsbepaling volgt, naar het oordeel van de rechtbank, dat eiser geacht moet worden zelf beroep in te kunnen stellen tegen het bestreden besluit.²⁸

Voor veel bestuursrechtelijke vorderingen, zeker voor vorderingen waarvoor een korte bezwaartermijn geldt, is de termijn waarbinnen de vordering moet worden betwist soms te kort, zeker indien de verificatievergadering op zich laat wachten. De curator moet dan eerder in actie komen. Bijvoorbeeld indien de Ontvanger na de faillietverklaring nog een aanslag oplegt voor belastingen en premies over een periode die daarvoor ligt. Als de curator de aanslag dan niet aanvecht, wordt deze onherroepelijk. Op zichzelf is er geen reden om de Ontvanger deze bevoegdheid te ontfangen. De grond voor de aanslag bestaat deze vordering al voor de insolventie en de aanslag betekent een formalisering daarvan. Voor zover de Ontvanger te hoge aanslagen ambtshalve oplegt, is dat een kwestie van (onjuist te achten) beleid. De Commissie Insolventierecht meent wel dat er reden is om te bepalen dat de insolventverklaring zou moeten leiden tot schorsing/verlenging van de bezwaar- of beroepstermijnen. Daarbij zou de bewindvoerder de mogelijkheid moeten hebben om bezwaar of beroep in te stellen, maar hij zou daartoe niet moeten worden gedwongen door het verstrijken van de termijn. Als blijkt dat op de verificatievergadering een fiscale vordering niet voor erkenning in aanmerking komt, dan zou de bewindvoerder alsnog bezwaar en beroep kunnen instellen. De geschorste of verlengde termijnen zouden vanaf de datum van de verificatievergadering weer kunnen doorlopen. Het lijkt echter niet wenselijk dat ook een andere schuldeiser bezwaar of beroep kan instellen. Het resultaat van de bestuursrechtelijke procedure zou vervolgens beslissend moeten zijn in de insolventie. Als ten tijde van de insolventverklaring reeds lopende procedures zijn geschorst, dan zou de bewindvoerder deze na de verificatievergadering kunnen overnemen.²⁹ Deze problematiek doet zich niet alleen voor bij de vorderingen van de Ontvanger, maar bij vele bestuursrechtelijke vorderingen.

De verificatie van vorderingen. Verificatie betreft het onderzoek naar de deugdelijkheid van een vordering die een schuldeiser wil aanmelden om daarop een

²⁸ Rb. Rotterdam 21 november 2005, JOR 2006, 15.

²⁹ Toelichting Voorontwerp, artikel 3.6.2.

(pro-rata) uitkering te ontvangen en tot een doelmatige afwikkeling van geschillen omtrent het bestaan, de omvang en eventuele preferentie van vorderingen op de schuldenaar (waaronder ook achterstelling) te komen. Zij die geen insolventieschuldeiser zijn behoeven hun vordering niet ter verificatie aan te melden. Dit kunnen bijvoorbeeld schuldeisers zijn die op grond van een eigendomsrecht een goed opvorderen, separatisten op grond van pand of hypotheek en de retentor. Zij kunnen zich wel laten verifiëren voor het restant van hun vordering voor zover de opbrengst uit de executie niet toereikend is. Ook boedelschulden worden niet geverifieerd. Zij geven een rechtstreekse aanspraak op de boedel. Alleen een insolventievordering kan worden geverifieerd. Dit kan leiden tot erkenning (artikel 121 lid 1 Fw), tot voorwaardelijke toelating (artikelen 121 lid 2, 125, 130 lid 3, 136 lid 2 Fw) of tot betwisting (artikel 122 Fw).

De verificatievergadering. Wie schuldeiser is (behalve de boedelschuldeisers) wordt op de verificatievergadering vastgesteld. Indien aannemelijk is dat de beschikbare baten niet voldoende zijn om daaruit de concurrente vorderingen geheel of gedeeltelijk te voldoen, dan kan een verificatievergadering achterwege blijven (artikel 137a Fw). Anders moet de verificatievergadering spoedig, zelfs binnen twee weken na opening, plaatsvinden (artikel 108 Fw), maar dit is een dode letter gebleken.³⁰ Verificatievergaderingen vinden zelden plaats omdat faillissementen in de regel toch worden opgeheven wegens de toestand van de boedel of via een vereenvoudigde afwikkeling, concurrente schuldeisers geen uitkering ontvangen en de belastingdienst moet worden voldaan zonder te wachten op verificatie (artikel 19 IW). In de huidige systematiek wordt dat niet als een bezwaar gezien, omdat de Ontvanger voorgeat boven de concurrente schuldeisers. In het Voorontwerp ontvangen de preferente en concurrente schuldeisers, gelijk als in de WSNP, een uitkering in de verhouding 2:1 zodat een verificatievergadering (vrijwel) altijd nodig zal zijn. Bij toepassing van de schuldsaneringsregeling moet de Ontvanger ook wachten (artikel 19 lid 7 IW). De Commissie Insolventierecht is van oordeel dat vorderingen van de Ontvanger evenals andere vorderingen in aanmerking komen om te worden geplaatst op de lijst van (voorlopig) erkende of betwiste schuldeisers en aldus aan de orde kunnen komen op de verificatievergadering.

De huidige praktijk is dat een verificatievergadering pas wordt gehouden indien duidelijk is dat concurrente schuldeisers een uitkering ontvangen. Dit is op zich wel begrijpelijk, maar er kleven ook bezwaren aan. Nu moeten schuldeisers soms vele jaren op deze verificatievergadering wachten. Indien eerst duidelijk wordt dat de schuldvordering wordt betwist (door de curator of een andere schuldeiser) of dat op een eerdere (voorlopige) erkenning wordt teruggekomen en de vordering naar de renvooiprocedure wordt verwezen dan kunnen partijen (zowel de curator als de schuldeiser) in een nadeliger (bewijs)positie zijn geko-

³⁰ Losbl. Fw, artikel 108 Fw: genoemde bepaling wordt door rechters-commissarissen met voeten getreden.

men en zal de redelijke termijn van artikel 6 EVRM mogelijk zijn overschreden. Om alle schuldeisers zo spoedig mogelijk duidelijkheid te verschaffen over hun positie zou artikel 108 Fw strikt moeten worden nageleefd.

De verificatievergadering is niet ingericht om te voldoen aan de eisen van artikel 6 EVRM. De beslissing omtrent de (voorlopige) erkenning van betwiste schuldvordering, met verregaande consequenties voor zowel de schuldenaar als de schuldeiser(s) vindt niet plaats in een eerlijk proces. Er speelt hier overigens nog een ander probleem. Een door partijen vóór het faillissement gemaakte forumkeuze ten behoeve van een vreemde rechter zet de bevoegdheid van de rechter in de renvooiprocedure opzij. Bij de renvooiprocedure gaat het, aldus de Hoge Raad, om 'een doelmatige afwikkeling van geschillen omtrent bestaan, omvang en eventuele preferentie van vorderingen op de schuldenaar'.³¹ De Hoge Raad maakte een afweging tussen de belangen van de renvooiprocedure en die van de forumkeuze. Het belang van de forumkeuze is gelegen in 'het belang van de internationale rechtspraktijk', dat te dezen dient te prevaleren. De internationale rechtspraktijk verlangt dat op voorhand vaststaat welk forum mogelijke geschillen tussen partijen zal berechten. Tevens heeft deze praktijk behoefte aan 'de vrijheid de berechting van geschillen op te dragen aan een rechterlijk forum dat enkel daarom wordt gekozen omdat het door beide partijen als neutraal of bijzonder deskundig wordt beschouwd'.³² Ziet het Piscator-arrest toe op de prorogatie van rechtsmacht, in het Harvest Trader-arrest heeft de Hoge Raad deze lijn doorgetrokken naar derogatie van rechtsmacht.³³ Hiermee kan de afwikkeling van een faillissement een langdurige geschiedenis worden.³⁴ De renvooiprocedure moet immers worden geschorst in afwachting van de beslissing van de buitenlandse (gekozen) rechter. Vervolgens dient deze beslissing op de voet van de regeling voor erkenning en tenuitvoerlegging van vreemde vonnissen buiten Verdrag te worden aanvaard (vgl. artikel 431 Rv). Hierbij is de vraag aan de orde gekomen of de bepalingen inzake de verwijzing naar de renvooiprocedure als van openbare orde worden beschouwd, zodat de faillissementsrechter exclusief bevoegd is. Het probleem daarbij is dat bij betwisting van de vordering de weg van de renvooiprocedure niet verplicht is voorgeschreven.³⁵ De Hoge Raad heeft in het Nimox-arrest overwogen dat het met de strekking van de in artikel 122 Fw getroffen voorzieningen 'niet onverenigbaar (is) dat in een buiten de in die wet geregelde procesgang gevoerd geding tussen de curator en een derde, die ook een vordering op de schuldenaar pretendeert, wordt beoordeeld en beslist of de vordering van die derde van dien aard is dat zij niet geverifieerd behoort te worden'.

³¹ HR 16 april 1999, JOR 1999, 156, NJ 2001, 1, m.nt. PV in r.o. 3.3.3.

³² HR 1 februari 1985, NJ 1985, 698, m.nt. JCS (Piscator).

³³ HR 28 oktober 1988, NJ 1989, 765, m.nt. JCS (Harvest Trader).

³⁴ Zie T.M. Bos in haar annotatie bij HR 16 april 1999 in NILR 2000, p. 75-80.

³⁵ HR 8 november 1991, NJ 1992, 174, m.nt. Ma (Nimox).

De verificatie van de vordering van de officier van justitie. Krachtens artikel 110 Fw j° 94d lid 3 Sv heeft de officier van justitie de bevoegdheid om tot bewaring van het recht van verhaal, namens de Staat, als schuldeiser in het faillissement van de verdachte of veroordeelde op te komen.³⁶ Zolang het bedrag van de boete of van het te ontnemen wederrechtelijk verkregen voordeel nog niet vaststaat wordt hij geacht voor een voorwaardelijke vordering op te komen. In de regel zal door het Centraal Justitieel Incasso Bureau worden opgetreden. Deze vordering kan mogelijk wel worden betwist, maar zal niet naar een renvooiprocedure (kunnen) worden verwezen. Deze vorderingen kennen een eigen rechtsgang.

De verificatie van belastingvorderingen. Ook de Ontvanger kan voor een vordering in het faillissement opkomen. Indien de belastingplichtige in staat van faillissement is verklaard, dan zal de Ontvanger de vordering indienen. Indien de curator de vordering betwist en overleg met de belastingdienst niet tot het gewenste resultaat leidt, dan moet de curator bezwaar maken en zo nodig beroep instellen. Bij betwisting tijdens de verificatievergadering volgt geen verwijzing naar de renvooiprocedure (artikel 43, eerste volzin, AWR). Bevoegd tot kennisneming van geschillen over de omvang van (materiële) belastingschulden en de hoogte van de aanslag is de belastingrechter. Voordien moet een bezwaarschrift worden ingediend bij de bevoegde belastinginspecteur (artikel 23 AWR). Blijft de vordering bestaan dan zal de Ontvanger de vordering bij de curator indienen. De vordering wordt dan wel op de verificatievergadering geverifieerd, maar andere schuldeisers (of de schuldenaar zelf) kunnen de vordering niet betwisten, althans niet met het gevolg dat de vordering naar een renvooiprocedure wordt verwezen.³⁷

De Ontvanger kan van de curator onmiddellijke afdracht uit de boedel eisen (artikel 19 lid 5 Invorderingswet 1990 'IW'). De praktijk is echter dat de vordering ter verificatie wordt aangemeld (artikel 19 § 2 lid 3 Leidraad Invordering). Verificatie is nodig indien de preferentie moet worden onderzocht, welke civiele rechtsvraag niet door de belastingrechter, maar via een renvooiprocedure door de gewone rechter moet worden beslist.³⁸ Premievorderingen uit volksverzekeringswetten worden overeenkomstig de systematiek van de loonbelasting ingevorderd en geverifieerd. Sedert 1 januari 2006 geldt dit ook voor premies verschuldigd uit werknemersverzekeringen.³⁹ (zie ook hoofdstuk 5)

Sinds 1 januari 2003 is in de Leidraad Invordering 1990 opgenomen dat alleen fiscale boeten ter verificatie bij de curator kunnen worden ingediend waarvan de

³⁶ Van der Winkel, Trema 1994, p. 287 e.v.

³⁷ HR 21 februari 1964, NJ 1964, 208, m.nt. NJP; Hof Arnhem 17 juni 1925, NJ 1926, p. 118; Rb. Den Haag 19 november 1947, NJ 1948, 337.

³⁸ Van der Maas, Praktijkboek Insolventierecht, deel 5 'Faillissementsrecht en fiscus', p. 11.

³⁹ Zie o.a. C.A. Jacobs en J.H.S.G.K. Timmermans, 'Wet financiering sociale verzekeringen en de gevolgen voor de steeds "stillere" pandhouder', TvI 2005, p. 199.

beschikking een dagtekening heeft die ligt vóór de datum waarop het faillissement is uitgesproken. Ligt de datum van de boetebeschikking na die van het faillissement dan vindt geen indiening ter verificatie meer plaats, ook al heeft de boete betrekking op een situatie die reeds voor faillissement bestond (artikel 19 § 2 lid 1 Leidraad Invordering 1990).⁴⁰

Erkende schuldvorderingen. Vorderingen die niet door de curator worden betwist, worden overgebracht op een in het proces-verbaal op te nemen lijst van erkende schuldvorderingen (artikel 121 lid 1 Fw). De beslissing om een vordering te erkennen zal de curator nemen na eigen onderzoek, bestudering van bewijsstukken die de schuldeiser moet overleggen, van de administratie van de schuldenaar en op basis van de inlichtingen die hem door de schuldenaar, bestuurder of commissaris op grond van artikel 105 lid 1 Fw en 106 Fw worden verstrekt. De erkenning van een vordering, die op de daarvoor bestemde lijst wordt opgenomen heeft kracht van gewijsde tegen de schuldenaar. Een gang naar de rechter is daarvoor niet meer nodig. Het proces-verbaal van de verificatievergadering – indien opgemaakt in de vorm van een grosse – levert voor de daarin als erkend vermelde vorderingen een voor tenuitvoerlegging vatbare titel op tegen de schuldenaar (artikel 196 Fw).

Betwiste schuldvorderingen. De curator kan schuldvorderingen die worden ingediend na de faillietverklaring op de verificatievergadering betwisten. Deze betwiste vorderingen worden op een afzonderlijke lijst opgenomen. Dit is de lijst van (voorlopig) betwiste schuldvorderingen (artikel 121 lid 1 Fw). Vorderingen kunnen worden betwist door:

- de curator (artikel 119 Fw);
- een schuldeiser die op één van de lijsten voorkomt. Een schuldeiser wiens eigen vordering in de renvooiprocedure niet wordt erkend, verliest daardoor zijn recht om andere vordering te betwisten;⁴¹
- de schuldenaar, maar dit leidt niet tot verwijzing naar de renvooiprocedure. Indien de schuldenaar de vordering betwist, dan wordt de erkenning daardoor niet verhinderd (artikel 126 lid 1 Fw). Om de vordering te verhalen heeft de schuldeiser een vonnis nodig, in welke procedure de schuldenaar zich dan kan verweren, die eerst, nadat het faillissement is opgeheven, kan worden ingesteld.

Vorderingen die betwist worden kunnen door de rechter-commissaris voorwaardelijk worden toegelaten tot een door hem te bepalen bedrag. Ook als de voorrang wordt betwist kan hij de vordering voorwaardelijk toelaten (artikel 125 Fw). Een voorwaardelijk toegelaten schuldeiser kan meestemmen over een ontwerpakkoord (artikel 142, 143 en 145 Fw). Hij heeft ook stemrecht in de vergadering van schuldeisers (artikel 82 Fw) en recht op inlichtingen ter vergadering

⁴⁰ G.S.E. Dorlo, 'Fiscale boete en insolventie', TvI 2004, 34, p. 159.

⁴¹ Losbl. Fw, artikel 119, aant. 3.

(artikel 117 Fw). In geval van betwisting van een vordering, een voorrang of een retentierecht, waarover op de verificatievergadering geen overeenstemming wordt bereikt, verwijst de rechter-commissaris partijen naar een zitting van de rechtbank. Dit is de renvooiprocedure. Deze verwijzing geschiedt zonder dat daartoe een dagvaarding is vereist (artikel 122 lid 1 Fw). Op deze wijze kan een akkoord totstandkomen waaraan een schuldeiser, wiens vordering is betwist of voor een te laag bedrag is toegelaten, is gebonden. De schuldeiser zal zich dan, indien hij het met de betwisting niet eens is, tegen homologatie moeten verzetten. Hier kan een probleem ontstaan onder het Voorontwerp. In de insolventieprocedure van de schuldenaar/natuurlijke persoon behoeft niet steeds een verificatievergadering plaats te vinden. De procedure kan op enig moment worden voortgezet met een inspanningstermijn (Afdeling 7.3 Inspanning na insolventie). Gedurende deze periode kunnen schuldeisers hun vordering indienen. Indien de vordering wordt betwist en geen bezwaarschrift wordt ingediend, dan wordt de uitdelingslijst verbindend. De vraag is of deze procedure in artikel 7.3.11 Voorontwerp in overeenstemming is met artikel 6 EVRM. De (gewone civiele) procedure in een renvoi is anders dan bezwaar aantekenen tegen de uitdelingslijst. Dit verdient mijns inziens een heroverweging.

3.3.2 De toegang tot de rechter-commissaris (artikel 69 Fw)

Voor wat betreft de toegang tot de rechter in de faillissementsprocedure neemt de rechter-commissaris een belangrijke plaats in. De rechter-commissaris houdt toezicht op het beheer en de vereffening van de failliete boedel door de curator (artikel 64 Fw), of op het bestuur door de bewindvoerder (artikel 4.3.1 Voorontwerp). Omtrent de taakverdeling tussen de curator en de rechter-commissaris is van belang dat alleen de curator de boedel beheert en vereffent en dat de rechter-commissaris uitsluitend toezicht houdt. De rechter-commissaris gaat na of de curator zich houdt aan de grenzen van de wet, of hij handelt in het belang van de boedel en of hij zijn taak naar behoren vervult.⁴² Het is de taak van de rechter-commissaris en de rechtbank om het beleid van de curator in volle omvang te toetsen.⁴³ Het toezicht door de rechter-commissaris wordt in de eerste plaats uitgeoefend door de machtiging, goedkeuring of toestemming die de curator van de rechter-commissaris moet verkrijgen voor o.a. het voeren van procedures (68 lid 2 Fw), het gestand doen of beëindigen van wederkerige overeenkomsten (artikel 37, 39 en 40 Fw), de lossing van een met hypotheek of pand bezwaard goed (artikel 58 lid 2 Fw) en de verkoop van goederen die onder bewind zijn gesteld (artikel 60a lid 1 Fw) of goederen waarop een retentierecht rust of het lossen daarvan (artikel 60 lid 2 en 3 Fw). Deze machtiging, goedkeuring of toestemming wordt in de regel verleend zonder dat de belanghebbenden worden gehoord. De rechter-commissaris wordt benoemd uit leden van de rechtbank. De rechtbank fungeert als beroepsinstantie, in hoogste ressort, voor alle beschikkin-

⁴² Van der Feltz II, p. 2.

⁴³ HR 10 mei 1985, NJ 1985, 793.

gen die het beheer en de vereffening betreffen, tenzij in de wet anders is bepaald (artikel 85 Fw). Een speciale rol is toebedacht aan de commissie uit de schuldeisers. De Faillissementswet maakt onderscheid tussen een voorlopige commissie (ingesteld bij het vonnis van faillietverklaring of bij een latere beschikking) en een definitieve commissie (ingesteld op de verificatievergadering). Het doel van deze commissie is de schuldeisers, in wier belang het faillissement is uitgesproken en voor wie de boedel wordt vereffend en beheerd, invloed te geven op de gang van zaken (artikel 74 en 75 Fw). De commissie geeft de curator gevraagd of ongevraagd advies. Voor tal van rechtshandelingen is de curator verplicht dit advies in te winnen (artikel 78 Fw). De commissie treedt zelfstandig op en moet zich bij het verrichten van haar taak richten naar de belangen van de schuldeisers en de overige bij de boedel betrokken belangen. Dit is in het Voorontwerp niet anders, maar daar wordt gesproken over de schuldeiserscommissie, omdat ook personen die geen schuldeiser zijn in deze commissie kunnen worden benoemd. Ook de schuldeiserscommissie houdt toezicht op het bestuur en dient de bewindvoerder van advies (artikel 4.4.2 Voorontwerp). Het Voorontwerp spreekt nog slechts over 'toestemming'. De rechtshandelingen waarvoor toestemming is vereist zijn minder in aantal, maar het Voorontwerp komt verder met de Faillissementswet overeen. Is er een schuldeiserscommissie dan treedt de goedkeuring van deze commissie in de plaats van die van de rechter-commissaris, indien het betreft de opzegging van arbeidsovereenkomsten, het optreden in rechte (behalve in verificatiegeschillen), het aangaan van een vaststellingsovereenkomst of een schikking en de tegeldemaking van goederen uit de boedel, indien dit niet geschiedt door een openbare verkoop (artikel 4.2.3 lid 2 Voorontwerp). Over de andere onderwerpen kan de bewindvoerder zelfstandig beslissen.

De rechter-commissaris wordt in het Voorontwerp meer op de achtergrond geplaatst. De gedachte is dat de schuldeiserscommissie de curator controleert en de rechter-commissaris optreedt in geschillen en een rechterlijke beslissing nodig is. Hiermee lijkt tegemoet gekomen te worden aan de wensen van Bauw en Van Delden die zich hebben afgevraagd of het toezicht in faillissementen wel een rechterlijke taak is.⁴⁴ De diverse taken van de rechter-commissaris zijn moeilijk te combineren. Hij is zowel 'sparringpartner', geschillenbeslechter, bemiddelaar en controleur. Hij is de steun en toeverlaat van de curator, maar moet hem ook berispingen of bevelen kunnen geven en voordragen voor ontslag. Het toezicht

⁴⁴ A.H. van Delden en E. Bouw, 'Toezicht in faillissementen, een rechterlijke taak?', *TvI* 2004/51, p.233. Zie ook: J.W.M. Tromp, 'Enkele opmerkingen over de toezichthoudende taak van de rechter-commissaris in faillissementen en de kantonrechter bij onderbewindstellingen', *Trema* september 2007, Nr. 7, p. 237-245; H.H. Dethmers, 'Concept voor centraal toezicht in insolventies', *Trema* januari 2006, nr. 1, p. 1-5; A.J.M. Slot, 'Concentratie van insolventierechtspraak of centralisering van het toezicht daarin', 'Het is geen panacee voor al dan niet vermeende kwalen', *Trema*, juni 2006, nr. 6, p. 233-241, en Studiemiddag Recofa, op 29 september 2005; R. D. Vriesendorp, 'De R.C. als trendvolger?', *TvI* 1995, p. 97-101.

zou daarom anders kunnen worden georganiseerd, bijvoorbeeld door meer macht te geven aan schuldeisers of het instellen van een onafhankelijke instantie of een pool van deskundigen. Een onafhankelijke instantie zou kunnen zijn een nieuwe Autoriteit, bijvoorbeeld een ‘Autoriteit Insolventie’, in navolging van de Autoriteit Financiële Markten (AFM). Het Voorontwerp spreekt over een ‘Insolventieraad’ (artikel 1.1.7). Ook de Recofa heeft vele malen aangegeven dat, gezien het grote aantal insolventieprocedures (faillissementsen, surseances en schuldsaneringen) het toezicht bezwaarlijk en geen rechterlijke taak is.⁴⁵ Zo zou de schuldsaneringsregeling geheel bij de (burgerlijke) rechter moeten worden weggehaald en worden afgewikkeld als een bestuursrechtelijk traject. Zo kan de rechterlijke bemoeienis worden teruggebracht tot de kerntaak van de rechter: toetsen, beoordelen en beslissen. De rechter kan dan weer aan het ‘gewone’ werk.⁴⁶ Dit lijkt allemaal het gevolg van de ‘MDW-gedachte’. Het komt door de invoering van ‘marktwerking en deregulering’ in het insolventierecht. Hierdoor wordt de rechter op de achtergrond geplaatst en wordt meer macht toegekend aan schuldeisers, die bijna per definitief een conflicterend belang hebben. Dit verdient mijns inziens een heroverweging. Andere geluiden zijn echter ook te horen. Curatoren zouden juist behoefte hebben aan een sparringpartner. Vergaande delegatie van bevoegdheden lijkt Van Vonderen dan ook niet of nauwelijks gewenst.⁴⁷

Opkomen bij de rechter-commissaris. Op grond van artikel 69 Fw kan ieder der schuldeisers, de commissie uit hun midden benoemd en ook de schuldenaar, bij verzoekschrift tegen elke handeling van de curator bij de rechter-commissaris opkomen, of van deze een bevel uitlokken, dat de curator een bepaalde handeling verricht of een voorgenomen handeling nalaat. Het voorschrift heeft een beperkte strekking en is slechts gegeven om de daarin genoemden invloed toe te kennen over het beheer en de vereffening van de failliete boedel en om, zo zij menen dat bij daarbij fouten worden gemaakt, deze te doen herstellen of te voorkomen, en niet om hen in de gelegenheid te stellen op deze eenvoudige wijze aan hen persoonlijk toekomende rechten tegenover de boedel geldend te maken.⁴⁸ De rechter-commissaris beslist, na de bewindvoerder te hebben gehoord, binnen drie dagen. Boedelschuldeisers en andere derden (zij die geen schuldeiser zijn) moeten via de gewone rechter tegen de curator hun rechten geldend maken. Voor ingrijpen van de rechter-commissaris op voet van artikel 69 Fw – en voor ingrijpen van de rechtbank in hoger beroep – is voorwaarde dat zulks is verzocht door een of meer van diegenen die als zodanig (limitatief) zijn

⁴⁵ J.A.A.M. Verschure, verslag Insolad jaarcongres ‘De regels en het spel’, TvI 2005/7, p. 20.

⁴⁶ C.J.G.M. van der Weide, ‘Haal de WSNP weg bij de rechtbank’, TvI 2004, 30, p. 129.

⁴⁷ M.P.P.M. van Vonderen, ‘RECOFA, van het oude liedje naar toekomstmuziek’, TvI 2004, 50, p. 230.

⁴⁸ HR 10 mei 1985, NJ 1985, 792.

omschreven, maar ook uit de strekking ervan: de bepaling beoogt de curator te stellen onder controle ‘van hen, in wier belang hij is aangesteld’.⁴⁹

De vraag is of deze bepaling moet worden uitgebreid. De curator is natuurlijk niet alleen aangesteld ten behoeve van schuldeisers, de commissie uit de schuldeisers en de schuldenaar. Vele andere derden kunnen er belang bij hebben dat er geen fouten worden gemaakt bij de afwikkeling. Derden kunnen alle partijen zijn die weliswaar (nog) geen vordering op de schuldenaar hebben, maar wier rechten wel door het faillissement of het beleid van de curator worden aangetast, bijvoorbeeld indien de curator, door de wijze waarop hij de boedel beheert en vereffent, deze derden schade berokkent. Hier zou ook kunnen worden gedacht aan aandeelhouders. Aandeelhouders zijn wel schuldeiser, maar zij zijn achtergesteld. Zij hebben eerst een vordering na liquidatie, nadat alle overige schuldeisers volledig, dat wil zeggen inclusief de verschenen rente, zijn voldaan.⁵⁰ Aandeelhouders kunnen niet zelf het faillissement aanvragen en hun vordering kan slechts onder bijzondere omstandigheden als steunvordering bij een faillissementsaanvraag in aanmerking worden genomen.⁵¹ In een zaak waarin een derde (een andere belanghebbende) zich op grond van artikel 69 Fw met een verzoek tot de rechter-commissaris die de beschikking gaf wendde, werd deze derde toch ontvankelijk verklaard. De rechter-commissaris had weliswaar het verzoek naast zich neer kunnen leggen en geen antwoord behoeven te geven. Hij kon de belanghebbende ook berichten dat hij niet ontvankelijk was in zijn verzoek, omdat de wet hem geen bevoegdheid geeft het verzoek te doen, maar hij mag ook inhoudelijk op het verzoek ingaan. Indien de rechter-commissaris dit doet wordt de reactie van de rechter-commissaris als een ‘beschikking’ aangemerkt. Toen tegen deze beschikking hoger beroep werd ingesteld bij de rechtbank werd de klager ontvankelijk verklaard, omdat aannemelijk was dat hij belang had bij zijn verzoek. Op de vraag of de verzoeker op grond van artikel 69 Fw de bevoegdheid had zich tot de rechter-commissaris te wenden ging de rechtbank niet in. In cassatie werd betoogd dat de rechtbank de verzoeker niet-ontvankelijk had behoren te verklaren omdat hij geen schuldeiser was. De Hoge Raad verwierp deze stelling. Op wetshistorische gronden concludeerde de Hoge Raad dat hoger beroep in ieder geval toekomt aan degene die de beschikking heeft gevraagd.⁵² In zijn noot zegt Van der Grinten, die het hiermee oneens is, dat deze beslissing zich slecht met de wetsystematiek verdraagt en hij acht het wetshistorische argument van de Hoge Raad weinig sterk. Hij heeft uiteraard gelijk indien men de tekst van artikel 69 Fw strikt beziet. De rechter-commissaris kan slechts dan op grond van dit artikel een bevel aan de curator geven, indien de schuldeisers of de schuldenaar door de voorgenomen handeling in hun belangen als schuldeiser zouden worden getroffen. Maar ik zou menen

⁴⁹ MvT, Van der Feltz II, p. 9.

⁵⁰ Hof Den Haag 21 augustus 2008, JOR 2008, 289, m.nt. J.J.M. van Mierlo (Transworld Marine Agency).

⁵¹ HR 27 juni 2008, NJ 2008, 371.

⁵² HR 10 mei 1985, NJ 1985, 791, m.nt. G.

dat indien de schuldeiser, of een derde, door de curator in een ander belang dan dat van schuldeiser worden getroffen de rechter-commissaris, en in beroep de rechtbank, dit zeker in aanmerking mogen nemen. Ik baseer dat op artikel 6 EVRM. Deze derden kunnen uiteraard naar de gewone rechter, maar de rechter-commissaris verdient dan de voorkeur, niet in de laatste plaats om zijn bijzondere kennis van het faillissement en de wijze waarop de afwikkeling plaatsvindt. De procedure van artikel 69 Fw is gericht op een vlotte afwikkeling van faillissementen en op het voorkomen van het onnodig vertragen van de werkzaamheden van de curator.⁵³ Het wordt gekenmerkt door een snelle en efficiënte procesgang, die het verloop van de afwikkeling van het faillissement gunstig kan beïnvloeden. Als deze derden de weg via de gewone rechter volgen, dan blijft, met name ook voor de curator, een te lange periode van onzekerheid bestaan. En er is daarmee geen ‘effective access to the court’.

Het instellen van een rechtsmiddel tegen de beschikking van de rechter-commissaris. Ingevolge artikel 67 Fw staat van alle beschikkingen van de rechter-commissaris gedurende vijf dagen hoger beroep op de rechtbank open, te rekenen vanaf de dag waarop de beschikking is gegeven. In het Voorontwerp is deze termijn acht dagen (artikel 4.3.6 lid 1 Voorontwerp). De rechtbank beslist na verhoor of behoorlijke oproeping van de belanghebbenden. Het horen van de rechter-commissaris (artikel 65 Fw) is niet vereist wanneer de rechtbank een beroep tegen de beschikking van de rechter-commissaris behandelt.⁵⁴ In artikel 67 lid 1 Fw is vervolgens hoger beroep uitgesloten van een aantal beschikkingen, teneinde te voorkomen dat het faillissement vertraagd en onderbroken kan worden. Uitgangspunt is dat alle beschikkingen van de rechter-commissaris vatbaar zijn voor hoger beroep, behoudens de door de wet genoemde uitzonderingen.⁵⁵ Zo werd de beslissing van de rechter-commissaris tot een maandelijksse inhouding op het inkomen van de schuldenaar gezien als een beslissing zoals bedoeld in artikel 21 onder 2° Fw en daartegen staat ingevolge artikel 67 lid 2 Fw geen hoger beroep open.⁵⁶ In een geschil tussen een curator en ex-bestuurders van een failliete vennootschap, over het door de rechter-commissaris afgewezen verzoek om een afschrift van het proces-verbaal van een getuigenverhoor ex artikel 66 Fw te ontvangen, oordeelde de Hoge Raad dat alle beslissingen van de rechter-commissaris op grond van artikel 66 Fw, met uitzondering van preparatoire beslissingen, zijn aan te merken als beschikking in de zin van artikel 67 Fw. De rechter-commissaris mag onder omstandigheden inzage in het

⁵³ Zie over het gesloten stelsel van rechtsmiddelen in de Faillissementswet laatstelijk HR 20 april 2007, NJ 2007, 243. Zie ook de artikelen 73-79 Fw.

⁵⁴ HR 23 januari 1933, NJ 1933, p. 660.

⁵⁵ Molengraaff 1914, p., p. 341; Losbl. Fw, art. 67, aant. 2; Wessels, Insolventierecht IV, par. 4065; Polak/Pannevis 2009, p. 185 merkt onder verwijzing naar HR 14 mei 2004, NJ 2004, 363 op dat een in het kader van een getuigenverhoor op grond van art. 66 Fw gegeven beslissing een beschikking van de rechter-commissaris is als bedoeld in art. 67 Fw, zodat hoger beroep open staat bij de rechtbank en niet bij het hof.

⁵⁶ HR 16 juni 1995 NJ 1996, 553.

proces-verbaal van het verhoor aan derden verstrekken danwel een uittreksel of afschrift daarvan ter informatie aan derden verschaffen, wanneer in redelijkheid kan worden aangenomen dat het belang van de boedel dit meebrengt. Er zal dus steeds een belangenafweging moeten plaatsvinden.⁵⁷

Artikel 67 lid 1 Fw zondert beschikkingen op grond van het horen van getuigen en een onderzoek door deskundigen (artikel 66 Fw) niet van beroep uit. Daarom moet worden aangenomen dat alle beslissingen die de rechter-commissaris neemt in het kader van de uitoefening van zijn in artikel 66 Fw gegeven bevoegdheden voor de toepassing van artikel 67 Fw dienen te worden aangemerkt als beschikkingen, met uitzondering van maatregelen die enkel worden genomen ter verzekering van de geregelde loop van het getuigenverhoor, zoals dagbepalingen, oproepingen en maatregelen ter bevordering van een ordelijk verloop van het verhoor.⁵⁸ Het recht van hoger beroep staat open voor degene die ‘partij’ was bij de beschikking.⁵⁹ Dat is dan in elk geval, zoals hiervoor reeds is gezegd, degene die de beschikking heeft gevraagd, ongeacht of hij dat mocht.⁶⁰ Dat de mogelijkheden van hoger beroep beperkt zijn komt door de eigen aard van de Faillissementswet en het gesloten stelsel van rechtsmiddelen daarin. Dit brengt mee dat de kring van beroepsgerechtigden beperkt dient te worden opgevat. Indien geen hoger beroep openstaat, is tegen deze beschikkingen wel weer beroep in cassatie mogelijk (artikel 426 Rv). Dit is echter, in de ogen van het EHRM, geen ‘judicial body with full jurisdiction’. Er zijn derhalve beschikkingen waartegen in het geheel geen beroep, afgezien van het beroep in cassatie, mogelijk is en waarbij burgerlijke rechten en verplichtingen worden vastgesteld. De rechter-commissaris heeft in die gevallen het laatste woord. Hierbij moet bijvoorbeeld worden gedacht aan beslissingen op het gebied van pseudo-rechtspraak. Hier kan worden gedacht aan het volgende: indien door de curator een vordering van een schuldeiser wordt betwist, die door de rechter-commissaris vervolgens toch voorwaardelijk wordt toegelaten dan krijgt deze schuldeiser stemrecht in de vergadering van schuldeisers. Zo kan iemand die mogelijk niet eens schuldeiser is vergaande beslissingen nemen. Hij kan over een ontwerpakkoord meestemmen (artikel 125 Fw) of, nadat de staat van insolventie is ingetreden, stemmen over het al dan niet voortzetten, of juist de verkoop van de onderneming van de schuldenaar (artikel 173a Fw). Deze beslissingen, waarbij burgerlijke rechten en verplichtingen worden vastgesteld, kunnen vervolgens niet meer worden rechtgezet door een onafhankelijke en onpartijdige rechter die de zaak in volle omvang kan toetsen. De daardoor geleden schade kan niet steeds worden verhaald, indien niet kan worden vastgesteld wat de uitkomst zou zijn geweest indien het recht niet zou zijn geschonden.⁶¹ Dit pleit

⁵⁷ HR 23 mei 1991, NJ 1991, 692.

⁵⁸ HR 6 oktober 2006, JOR 2006, 281.

⁵⁹ HR 22 april 2005, JOR 2005, 165.

⁶⁰ HR 10 mei 1985, NJ 1985, 791, m.nt. G.

⁶¹ EHRM 26 april 1995, no. 16922/90 (Fischer v. Oostenrijk), par. 47: ‘The court agrees, it cannot speculate as to the outcome of the proceedings had an oral hearing taken place before the Administrative court.’

ervoor een andere regeling te ontwikkelen voor het vaststellen van vorderingen, die op de verificatievergadering worden betwist. Die regeling zou mijns inziens dan moeten inhouden dat betwiste vorderingen aan een (aparte) rechterlijke instantie kunnen worden voorgelegd, binnen de grenzen die artikel 6 EVRM daarvoor geeft.

Er staat evenmin beroep open tegen een machtiging aan de curator (als bedoeld in artikel 68 lid 2 Fw) tot het instellen van een procedure. Bij de beantwoording van de vraag wie in hoger beroep kan komen, is het uitgangspunt dat alleen degene die ‘partij’ was bij de beschikking van de rechter-commissaris het recht heeft van hoger beroep.⁶² Als ‘partij’ kan in ieder geval worden aangemerkt degene die, behorend tot de in artikel 69 Fw genoemde categorieën, het tot de beschikking leidende verzoek aan de rechter-commissaris heeft gedaan.⁶³ Ook kan als ‘partij’ worden aangemerkt degene tot wie de beschikking is gericht, zoals de curator aan wie de rechter-commissaris een bevel (als bedoeld in artikel 69 Fw) heeft gegeven. Degene tegen wie de curator gemachtigd is een procedure aan te spannen, kan echter om die enkele reden niet als ‘partij’ bij de beschikking worden aangemerkt. De beschikking is immers niet door hem verzocht of tot hem gericht. Weliswaar is zijn belang direct betrokken bij de door de rechter-commissaris verleende machtiging, bijvoorbeeld een machtiging om een procedure tegen hem te beginnen, maar zijn rechtspositie wordt op zichzelf niet aangetast door gebruikmaking van die machtiging door de curator (anders dan bijvoorbeeld het geval is voor de werknemer die blijkens de uitdrukkelijke regeling van artikel 67 lid 2 Fw mag opkomen tegen een aan de curator verleende machtiging om de arbeidsovereenkomst op te zeggen). Bovendien heeft degene tegen wie met machtiging van de rechter-commissaris een procedure kan worden aangespannen, als zodanig geen belang of taak bij het toezicht op het beheer en de vereffening van de boedel, in welk kader de betrokken machtiging is gegeven. Mede in aanmerking genomen dat deze regeling gericht is op een vlotte afwikkeling van het faillissement en dat degene tegen wie de curator gemachtigd is een procedure te beginnen zijn bezwaren in die procedure naar voren kan brengen, moet dan ook worden aangenomen dat artikel 67 lid 1 Fw hem niet de mogelijkheid biedt om hiertegen op te komen.⁶⁴ Van Galen meent dat de bestuurder wel beroep moet kunnen instellen tegen de verleende procesmachtiging.⁶⁵ Dit is echter niet nodig. Met een procesmachtiging worden (nog) geen burgerlijke rechten of verplichtingen vastgesteld en mist artikel 6 EVRM toepassing.

In het algemeen geldt dat een beroep op de rechter-commissaris niet meer openstaat nadat het faillissement is beëindigd.⁶⁶ De Rechtbank verwierp echter de

⁶² HR 6 oktober 2006, LJN AX8295.

⁶³ HR 22 april 2005, NJ 2005, 405.

⁶⁴ HR 18 april 2008, LJN BC5694.

⁶⁵ R.J. van Galen, ‘Beslissingen omtrent het instellen en voeren van een procedure wegens onbehoorlijk bestuur, onbehoorlijk bestuur in het insolventierecht’, *Insolad Jaarboek* 1997, p. 61 e.v.

⁶⁶ HR 7 juni 1905, W. 8238.

stelling van de curatoren dat de rechter-commissaris, na het in kracht van gewijsde gaan van de homologatiebeslissing, niet (meer) bevoegd zou zijn te beslissen op het verzoek tot inzage van een aan curatoren uitgebracht advies, en oordeelde dat de door de curatoren genomen beslissing, gelet op de rechtsontwikkeling, niet meer van toepassing was. Het feit dat anders geen geëigende rechtsgang voor verzoekers, met betrekking tot het in het geding zijnde verzoek, zou openstaan, werd naar de huidige rechtsopvattingen in strijd met artikel 6 EVRM geacht.⁶⁷ Uitgangspunt daarbij is dat alleen degene die ‘partij’ was bij de beschikking van de rechter-commissaris het recht heeft van hoger beroep.⁶⁸

De termijn voor beroep is zeer kort. In afwijking van de hoofdregel,⁶⁹ kan ‘op nader aan te voeren gronden’ worden opgekomen, ook al voldoet dat niet aan artikel 359 j° 278 lid 1 Rv, mits de gronden in een aanvullend beroepschrift met bekwame spoed naar voren worden gebracht.⁷⁰ Het wordt in faillissementsprocedures in het belang van een goede rechtspleging geacht om, juist in zaken waarin een korte termijn voor beroep geldt, dat omtrent het tijdstip waarop die termijn aanvangt (en eindigt) duidelijkheid bestaat en dat aan beroepstermijnen strikt de hand wordt gehouden.⁷¹ Dit geldt voor hoger beroep tegen een beschikking van de rechter-commissaris, maar ook de beslissing waarbij de faillissementsaanvraag is afgewezen.⁷²

Het instellen van een rechtsmiddel in het algemeen. Het vonnis van faillietverklaring kan niet worden aangetast door te stellen dat de rechtbank daardoor onrechtmatig handelde. In de Faillissementswet is uitputtend geregeld welke rechtsmiddelen tegen een vonnis van faillietverklaring kunnen worden aangevend. Door het aanwenden van (één van) deze rechtsmiddelen kan de schuldenaar, die in staat van faillissement is verklaard, het vonnis van faillietverklaring ter toetsing brengen en kunnen eventueel gemaakte fouten hersteld worden of tot vernietiging van het vonnis leiden. Indien een rechtsmiddel niet (tijdig) wordt aangewend verkrijgt het vonnis van faillietverklaring kracht van gewijsde en moet de rechtmatigheid van het vonnis worden aangenomen. Deze rechtmatigheid kan niet meer later ter discussie worden gesteld door middel van een op artikel 6:162 BW gegronde vordering. Hetzelfde geldt voor een vordering, gegronde op beweerde schending van artikel 6 EVRM bij het tot stand komen van de beslissing, nu immers een rechtsmiddel tegen de beslissing heeft opengestaan.⁷³ Het EVRM en het IVBPR (artikel 14) kennen partijen in een civiele procedure geen recht op hoger beroep toe. Is een partij door een cumulatie van (twee of meer) fouten bij de rechtbank te laat van een uitspraak in kennis ge-

⁶⁷ Rb. Den Haag 27 november 1996, JOR 1997, 22, m.nt. Soedira (Infotheek).

⁶⁸ HR 22 april 2005, JOR 2005, 165.

⁶⁹ HR 15 december 1989, NJ 1990, 351.

⁷⁰ HR 2 juni 2006, LJN AV2661.

⁷¹ HR 13 juli 2001, NJ 2001, 513; LJN ZC3673; HR 3 november 2006, LJN AY8309.

⁷² HR 10 juni 2005, NJ 2005, 372.

⁷³ Hof Den Haag, 22 oktober 1987, NJ 1988, 669.

steld, of indien TNT Post een aangetekende zending niet kan afleveren,⁷⁴ dan vangt de appeltermijn toch niet later aan dan op de datum van de beschikking. Dat een partij daardoor van hoger beroep verstoken blijft acht de Hoge Raad niet in strijd met het recht op een eerlijk proces en het recht op toegang tot de rechter.⁷⁵ Dit is ook zo indien de beschikking niet in het openbaar is uitgesproken of de rechter na het verhoor niet heeft meegedeeld wanneer de uitspraak zal plaatsvinden en de betreffende partij mede daardoor niet tijdig van de beschikking kennis heeft genomen. Zelfs bij een cumulatie van formele fouten bij de rechtbank; nochtans vangt de appeltermijn niet later aan dan op de datum van de beschikking.⁷⁶ Vranken zegt daarover in zijn noot onder het arrest dat met deze beslissingen niemand gelukkig kan zijn. Het komt er kort gezegd op neer dat fouten van de rechter en de griffie, waardoor justitiabelen de toegang tot een appelinstantie wordt onthouden, op de justitiabele wordt afgewenteld en hij noemt dit dan ook weinig bevredigend. Het is aan de wetgever om hiervoor een oplossing te bedenken. Dat deze fouten op de justitiabele worden afgewenteld is in de literatuur in verband gebracht met de vraag of de Staat op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk kan worden gesteld voor de schade die het gevolg is van een door de rechter gemaakte fout in de faillietverklaring van de Belgische onderneming S.p.r.l. Anca (Anderlecht Cafe).

3.3.3 Het Anca-arrest

Het bedrijf Anca werd bij verstek in staat van faillissement verklaard. Dit vonnis werd in hoger beroep vernietigd, omdat het beginsel van hoor en wederhoor was geschonden, maar toen was het kwaad reeds geschied. De curator had de onderneming verkocht en deze kon niet opnieuw worden opgestart. Er was definitief schade veroorzaakt tengevolge van een rechterlijke beslissing die de algemene beginselen van een behoorlijke procesvoering had geschonden. Het Belgische Hof van Cassatie oordeelde dat de aansprakelijkheid van de Belgische Staat niet was uitgesloten.⁷⁷ Kortmann betoogde naar aanleiding hiervan dat naar Nederlands recht de schade voor rechterlijke fouten voor rekening van de burger blijven, een principieel ander dan het Belgische standpunt, dat zijns inziens de voorkeur verdient.⁷⁸ Deze zaak kreeg overigens een vervolg bij de ECRM, waarbij een beroep werd gedaan op schending van artikel 6 EVRM. Dit werd echter afgewezen, omdat het vonnis reeds was vernietigd. Ook een beroep op artikel 1 EP EVRM werd verworpen omdat Anca nog niet al haar nationale rechtsmiddelen had uitgeput.⁷⁹ De vraag kwam terug in de zaak *Dombo Beheer v. Nederland*, waarin het EHRM oordeelde dat sprake was van een schending

⁷⁴ HR 15 juli 1988, NJ 1989, 31.

⁷⁵ HR 17 november 1989, NJ 1990, 496, m.nt. JBMV.

⁷⁶ HR 13 oktober 1989, NJ 1990, 495, m.nt. JBMV.

⁷⁷ Zie M. Storme, 'De rechterlijke macht', NJB 24 juni 1993, p. 917-920.

⁷⁸ S.C.J.J. Kortman, 'Wie betaalt de rekening?', NJB 24 juni 1993, p. 921-926.

⁷⁹ ECRM 10 december 1984, no. 10259/83 (S.p.r.l. Anca v. België).

van een fundamenteel rechtsbeginsel.⁸⁰ Omdat de bestreden uitspraak niet in stand kon blijven was de rechtbank van oordeel dat, omdat partijen nog geen gebruik hadden gemaakt van het rechtsmiddel van request civiel (en de termijn daarvoor reeds was verstreken), haar dat niet mocht worden aangerekend.⁸¹

3.4 Het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen

Het gaat in artikel 6 EVRM om het recht op een eerlijk proces bij het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen. Dit komt in deze paragraaf (3.4) aan de orde, gevolgd door het bepalen van de gegrondheid van een ingestelde strafvervolgning (3.5). Het Europese Hof heeft geoordeeld dat het begrip burgerlijke rechten en verplichtingen ('civil rights and obligations'/'droits et obligations de caractère civil') niet volgens het interne recht van de Verdragsstaat, maar verdragsautonoom moet worden uitgelegd.⁸² Burgerlijke rechten of verplichtingen in het ene land zijn niet hetzelfde als burgerlijke rechten of verplichtingen in het andere. Daarom heeft het Hof niet een eigen abstracte definitie van het begrip ontwikkeld.⁸³ Op grond van de vele rechtsstelsels van de lidstaten van de Raad van Europa kan men tot onderling zeer verschillende interpretaties komen, met name ook doordat de grenzen tussen publiek- en privaatrecht in het algemeen steeds vaag zijn.⁸⁴ De vraag of een rechterlijke procedure van civiel-, administratief- of strafrechtelijke aard is, is niet beslissend geoordeeld.⁸⁵ Ook de aard van het van toepassing zijnde recht en de vraag of beide partijen in het geding particulieren zijn dan wel één van beide partijen een overheidsinstantie is, worden niet beslissend geacht.⁸⁶ Er wordt gekeken of de uitkomst van het geding bepalend is voor de vaststelling van het recht of de verplichting. Het is daarbij ook niet van belang welke rechterlijke instantie de zaak beoordeelt.⁸⁷ Staten

⁸⁰ EHRM 27 oktober 1993, no. 14448/88 (Dombo Beheer v. Nederland), NJ 1994, 534.

⁸¹ Rb. Den Haag 18 september 1996, JOR 1996, 106, m.nt. S.C.J.J. Kortmann.

⁸² EHRM 29 mei 1986, no. 9384/81 (Deumeland v. Duitsland), par 60: 'According to the Court's case-law, the concept of "Civil rights and obligations" cannot be interpreted solely by reference to the domestic law of the respondent State.'

⁸³ EHRM 29 mei 1986, no. 8562/79 (Feldbrugge v. Nederland), par. 27: 'The Court does not consider that it has to give on this occasion an abstract definition of the concept of "civil right and obligation".'

⁸⁴ EHRM 2 oktober 1964, no. 1931/63 (X. v. Oostenrijk): 'The term "civil rights and obligations" employed in Article 6 (1) of the Convention, cannot be construed as a mere reference to the domestic law of the High Contracting Party concerned, but on the contrary, relates to an autonomous concept which must be interpreted independently of the rights existing in the law of the High Contracting Parties, even though the general principles of the domestic law of the High Contracting Parties must necessarily be taken into consideration in any such interpretation.'

⁸⁵ EHRM 16 juli 1971, no. 2614/65 (Ringeisen v. Oostenrijk).

⁸⁶ ECRM 2 oktober 1975, no. 6837/74 (X. v. België).

⁸⁷ EHRM 16 juli 1971, no. 2614/65 (Ringeisen v. Oostenrijk), par. 94: 'For Article 6, paragraph (1), to be applicable to a case ("contestation") it is not necessary that both parties to the proceedings should be private persons. (...). The wording of Article 6, paragraph (1), is far wider; the French expression "contestations sur (des) droits et obliga-

hebben het recht om een onderscheid aan te brengen tussen strafrecht en disciplinaire regels, zolang hierdoor het wezen en het doel van artikel 6 EVRM niet wordt aangetast.⁸⁸ Zo kan artikel 6 EVRM ook toepasselijk zijn op een tuchtrechtelijke procedure waarin bijv. een verbod op beroepsuitoefening kan worden opgelegd. Hierbij zijn twee wegen mogelijk: of het orgaan vervult zelf alle voorwaarden van artikel 6 EVRM, of het voldoet daaraan niet, maar er is wel een uiteindelijke controle op de uitspraak in een procedure die daaraan wel voldoet.⁸⁹ Hierbij moet worden bedacht dat het EHRM zowel in de zaak *Le Compte, Van Leuven en De Meyere* als in de zaak *Albert en Le Compte* (beide tegen België) heeft beslist dat een behandeling die in eerste instantie niet voldoet aan artikel 6 EVRM niet kan worden geheeld door een behandeling in cassatie die daaraan wel voldoet, omdat een behandeling in cassatie naar haar aard onvolledig is.⁹⁰

Artikel 6 lid 1 EVRM treedt in werking vanaf het ogenblik dat er een betwisting van of een geschil over een recht (contestation/dispute) is.⁹¹ Het moet wel gaan om een reëel en ernstig geschil.⁹² Hiermede wordt voorkomen dat ‘bagatelzaken’ aan het EHRM worden voorgelegd. Het geschil moet betrekking hebben op een recht dat een verdedigbare basis heeft in het interne recht.⁹³ Het begrip geschil omvat daarmee elke procedure waarvan de uitkomst rechtstreeks bepalend is voor het recht of de verplichting van eiser en verweerder.⁹⁴ Artikel 6 EVRM maakt zowel ten aanzien van civiele zaken als ten aanzien van strafvervolgning geen onderscheid tussen feitelijke vragen en rechtsvragen. Beide categorieën zijn van beslissende betekenis voor de uitslag van de procedure.⁹⁵ De beginselen, die voortvloeien uit de jurisprudentie van het Hof met betrekking tot ‘geschil’ (‘contestation’, ‘dispute’) zijn:

tions de caractère civil” covers all proceedings the result of which is decisive for private rights and obligations. The English text “determination of ... civil rights and obligations”, confirms this interpretation. The character of the legislation which governs how the matter is to be determined (civil, commercial, administrative law, etc.) and that of the authority which is invested with jurisdiction in the matter (ordinary court, administrative body, etc.) are therefore of little consequence.’

⁸⁸ EHRM 22 mei 1990, no. 11034/84 (*Weber v. Zwitserland*), NJ 1992, 454, m.nt. EJD.

⁸⁹ EHRM 27 juli 2006, no. 69742/01 (*Gubler v. Frankrijk*); zie ook J.G.J. Rinkes en M.L. Hendrikse, ‘Artikel 6 EVRM en ADR’, *Praktisch Procederen* 2007/4, p. 99-100.

⁹⁰ EHRM 23 juni 1981, no. 6878/75 en 7238/75 (*Le Compte, Van Leuven en De Meyere v. België*), par. 60, NJ 1982, 602; EHRM 10 februari 1983, no. 7299/75 en 7496/76 (*Albert en Le Compte v. België*), par. 36, NJ 1987, 315.

⁹¹ EHRM 23 oktober 1985, no. 8848/80 (*Bentham v. Nederland*), par. 32.

⁹² EHRM 23 september 1982, nos. 7151/75 en 7152/75 (*Sporrong en Lönnroth v. Zweden*), par. 81; NJ 1988, 290, m.nt. EAA.

⁹³ EHRM 21 februari 1986, no. 8793/79 (*James e.a. v. Verenigd Koninkrijk*), par. 81.

⁹⁴ EHRM 16 juli 1971, no. 2614/65 (*Ringeisen v. Oostenrijk*), par. 94; (*v. Bentham v. Nederland*), par. 32; EHRM 29 mei 1986, NJ 1987, 432; AAe 1987, p. 241, m.nt. E.P. de Jong, AB 1986, 1, m.nt. E.M.H. Hirsh Ballin; NJCM 1985, p. 669, m.nt. TZ en AWH.

⁹⁵ EHRM 23 juni 1981, nos. 6878/75 en 7238/75 (*Le Compte, Van Leuven en De Meyere v. België*), NJ 1982, 602, par. 51.

- het woord ‘geschil’ moet niet te technisch worden uitgelegd en er moet eerder een materiele dan een formele betekenis aan worden toegekend;
- het geschil moet echt en serieus van aard zijn;
- het geschil kan betrekking hebben op de feitelijke aanwezigheid van een recht (of het recht bestaat), dan wel op de omvang of de modaliteiten van de uitoefening daarvan;⁹⁶
- het geschil kan zowel feitelijke vragen als rechtsvragen betreffen en het gevolg van het geschil moet direct beslissend zijn voor de uitkomst ervan.⁹⁷

Artikel 6 EVRM is niet van toepassing op geschillen die niet tot de juridische sfeer behoren, zoals het beroep tegen een negatieve beslissing inzake beroepsbekwaamheid, of bijvoorbeeld over de vraag wie als curator of bewindvoerder kan optreden.⁹⁸ Het moet gaan om geschillen omtrent een burgerlijk recht, waarvan gezegd kan worden dat het volgens het Nederlands recht wordt erkend.⁹⁹

Het begrip ‘burgerlijk’ wordt beperkt uitgelegd. Aanvankelijk oordeelde het EHRM dat de verplichting belasting te betalen niet binnen de reikwijdte valt van het begrip ‘civil rights and obligations’, omdat deze verplichting exclusief tot het publieke domein behoort. Het EVRM is echter een levend document en steeds moet in het licht van de veranderende samenleving, worden beoordeeld of dit niet moet worden uitgebreid tot andere geschillen tussen de Staat en zijn burgers. Het Hof kwam in de *Ferrazzini v. Italië*-zaak evenwel tot het oordeel dat, welke ontwikkelingen dan ook hebben plaatsgevonden, dit geen gevolgen heeft gehad voor de fundamentele aard van de verplichting belasting te betalen. Belastingaangelegenheden vormen het prerogatief van de publieke autoriteiten. Geschillen inzake belastingen vallen buiten de reikwijdte van het begrip ‘burgerlijke rechten en verplichtingen’, ondanks het geldelijk effect dat zij op de belastingbetaler hebben. Het principe dat begrippen die in het Verdrag zijn opgenomen moeten worden geïnterpreteerd in het licht van de huidige maatschappij geeft het Hof niet de bevoegdheid artikel 6 lid 1 EVRM zo te interpreteren alsof het woord ‘civil’ niet in de tekst daarvan zou zijn opgenomen.¹⁰⁰ In de *Ferrazzini*-zaak is lezenswaardig de dissenting opinion van de Deense rechter Lorenzen, bijgevalen door vijf andere rechters, die de mening van de meerderheid weerlegt en die voor een grotere rechtsbescherming van de belastingplichtige pleitte.

⁹⁶ (*Bentham v. Nederland*), par. 32.

⁹⁷ EHRM 26 juni 1986, no. 8543/79 e.a. (*Van Marle e.a. v. Nederland*), par. 32; NJ 1987, 581, m.nt. EAA.

⁹⁸ (*Van Marle e.a. v. Nederland*), par. 35-38.

⁹⁹ Verg. EHRM 28 september 1995, no. 15346/89 en 15379/89 (*Masson en Van Zon v. Nederland*), par. 52; NJ 1995, 726 m.nt. EAA.

¹⁰⁰ EHRM 23 juli 2002 no. 36985/97 (*Västberga Taxi Aktiebolag en Vulic v. Zweden*), par. 75: ‘The Court has consistently held that, generally, tax disputes fall outside the scope of “civil rights and obligations” under Article 6 of the Convention, despite the pecuniary effects which they necessarily produce for the taxpayer’; EHRM 12 juli 2001, no. 44759/98 (*Ferrazzini v. Italië*), par. 30, NJ 2004, 435, m.nt. EAA.

De reden belastinggeschillen buiten artikel 6 EVRM te laten was de angst dat de werklast van het Europese Hof te veel zou toenemen, indien het Hof ook zou moeten toezien op rechtmatigheid van de nationale belastingprocedures. Nu komen belastingzaken wel onder de reikwijdte van artikel 6 EVRM, maar alleen indien strafrechtelijke elementen en bestuursrechtelijke sancties daarbij een rol spelen of via artikel 1 EP EVRM (zie hoofdstuk 5).

3.4.1 Artikel 6 EVRM en het faillissement

Het sociaal functioneren van een schuldenaar, en met name van de natuurlijke persoon (en zijn gezin), die in financiële problemen verkeert en die geen mogelijkheid heeft zijn schuldeisers te voldoen, zal door het voortdurende bezoek van deurwaarders, de continue angst voor beslaglegging, de afsluiting van zijn nutsvoorzieningen, huisuitzetting en de uitwinning van zijn activa, ernstig worden verstoord.¹⁰¹ Datzelfde geldt voor bijvoorbeeld werknemers indien zij door het faillissement van hun werkgever een vaak onzekere toekomst tegemoet gaan. Voor de vraag of, en zo ja, op welke wijze artikel 6 EVRM op het faillissement van toepassing is kan worden gekeken naar de procedure die ertoe leidt dat de schuldenaar in staat van faillissement wordt verklaard, een curator wordt aangesteld en een rechter-commissaris wordt benoemd en naar het faillissement zelf, het geheel van rechtshandelingen van de curator waarbij de boedel wordt beheerd en vereffend, alsmede naar de rol van de rechter-commissaris die op dat geheel van rechtshandelingen toezicht uitoefent.

A-G Strikwerda, was van mening dat de opvatting dat artikel 6 EVRM van toepassing was op de gerechtelijke vereffening van de faillissementsboedel in haar algemeenheid niet als juist kon worden aanvaard. De procedure tot faillietverklaring valt wel onder artikel 6 EVRM, maar de gerechtelijke vereffening niet, omdat dat niet valt aan te merken als beslissingen in een ‘geschil’.¹⁰² Door een vonnis van faillietverklaring wordt geen geschil omtrent de rechten van de daarbij betrokken partijen tot een oplossing gebracht, maar het is een algemeen beslag op het vermogen van de schuldenaar ten bate van diens gezamenlijke schuldeisers. Zo overwoog de Hoge Raad:

¹⁰¹ Minister van Justitie Sorgdrager zei bij de behandeling van Wet schuldsaneringsregeling natuurlijke personen: ‘Het uitgangspunt in het recht is en blijft dat een schuldenaar zijn verplichtingen nakomt. Het wetsvoorstel biedt geen gemakkelijke ontsnappingsroute aan mensen die er bij wijze van spreken maar op los leven en onverantwoord de ene schuld boven op de andere maken. Maar indien de schuldenlast, bijvoorbeeld door een samenloop van tegenslagen, zodanig kwellend wordt dat er een uitzicht op voldoening van de schuldenlast bestaat en er door voortdurende dreiging van executiemaatregelen het maatschappelijk functioneren van de betrokkene wordt verstoord en uiteindelijk zelfs wordt verhinderd, dan moge het duidelijk zijn dat er in dat geval gewoon een taak voor de wetgever ligt’, Handelingen, Tweede Kamer, 1997-1998, 17 maart 1998, TK 61.

¹⁰² In zijn conclusie voor HR 22 september 1995, NJ 1997, 339, m.nt. EAA.

‘dat tengevolge van de faillietverklaring het vermogen van den schuldenaar in een bijzondere rechtstoestand komt te verkeren des, dat deze van rechtswege de beschikking en het beheer over dat vermogen, voor zover behorende tot het faillissement, verliest, in dier voege dat deze beschikking en dat beheer in handen worden gelegd van den curator, die optredende, niet als ambtenaar, doch in hoedanigheid van gerechtelijk bewindvoerder, voorshands tot taak heeft voor de instandhouding van den faillieten boedel te waken, welke taak na intreding van den in art. 173 Fw bedoelden staat van insolventie, overgaat in een van vereffening van de baten des boedels en van verdeling van de opbrengst onder de schuldeisers, op den voet van de daaromtrent geldende wettelijke voorschriften.’¹⁰³

Bij de behandeling van een verzoek tot faillietverklaring staat derhalve het recht tot beschikking en beheer van de schuldenaar over zijn vermogen ter discussie en ter beslissing.

De verhouding tussen artikel 6 EVRM en de insolventieprocedures kan desalniettemin vanuit verschillende invalshoeken worden gezien. Ik beperk mij tot het faillissement, met verwijzingen naar de andere procedures (surseance en WSNP) indien dat voor de duidelijkheid of volledigheid nodig is. In geval van het faillissement kan in de eerste plaats worden gekeken naar de procedure die tot de faillietverklaring leidt en in de tweede plaats naar de diverse (deel)procedures die met het faillissement verband houden. Op deze deelprocedures is artikel 6 EVRM in de regel wel van toepassing. Zo oordeelde het EHRM met betrekking tot een persoon (Winterwerp), die krachtens de (Nederlandse) Krankzinnigenwet in een inrichting was geplaatst:

‘The Government doubts whether Article 6 par. 1 is applicable to the facts of the case. They incline to the view what is in issue is a question of status rather than of civil rights and obligations as such. The Court does not share this opinion. The capacity to deal personally with one's property involves the exercise of private rights and hence affects "civil rights and obligations" within the meaning of Article 6 par. 1 (see the Konig judgment of 28 June 1978, par. 95, NJ 1980, 54). Divesting Mr W. of that capacity amounted to a “determination” of such rights and obligations.’¹⁰⁴

Tijdens het faillissement vindt eveneens een verandering in de status van de schuldenaar plaats, bijv. door de beperkingen op zijn bewegingsvrijheid en het recht op briefgeheim en daarop is artikel 6 EVRM van toepassing.

¹⁰³ HR 27 oktober 1959 NJ 1960, 73, m.nt. B.V.A.R.

¹⁰⁴ EHRM 24 oktober 1979, no. 6301/73 (Winterwerp v. Nederland), par. 73, NJ 1989, 1144, m.nt. EAA.

3.4.2 De opening van de procedure op verzoek van de schuldenaar

De procedure tot opening van de faillietverklaring valt onder het bereik van artikel 6 EVRM.¹⁰⁵ De rechter spreekt het faillissement uit op eigen aangifte indien summierlijk wordt vastgesteld dat hij in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen (artikel 1 en artikel 6 lid 3 Fw).¹⁰⁶ Het bestaan van meer schulden is daarvoor een noodzakelijke, maar niet een voldoende voorwaarde. Ook als aan het ‘pluraliteitvereiste’ is voldaan, dient nog steeds te worden onderzocht of de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen.¹⁰⁷ Voor de insolventverklaring geeft het Voorontwerp dezelfde grondslag, maar biedt daarnaast ook nog een tweede grondslag: dat hij niet zal kunnen voortgaan met het betalen van zijn opeisbare schulden (vgl. artikel 213 Fw en artikel 284 Fw). Er zijn weinig voorwaarden en kosten verbonden aan de eigen aangifte. Hij kan het verzoek mondeling, zonder bijstand van een advocaat of gemachtigde indienen. De gronden voor insolventverklaring zijn duidelijk en eenvoudig toepasbaar.¹⁰⁸ De rechter gaat in de regel uit van de eigen verklaring van de schuldenaar en toetst de aangifte slechts aan de formele vereisten. Omdat meestal snelheid is geboden, is een verdergaande toets zelfs ongewenst. De rechter moet er op bedacht zijn dat er sprake is van pluraliteit van schuldeisers en dat de schuldenaar geen misbruik maakt van zijn bevoegdheid zijn faillissement aan te vragen.¹⁰⁹ Dat kan het geval zijn indien die bevoegdheid wordt uitgeoefend met geen ander doel dan de rechten van derden te schaden of wordt gebruikt voor een ander doel dan waarvoor de bevoegdheid is verleend, bijvoorbeeld indien het faillissement hoofdzakelijk wordt aangevraagd om de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemers te ontlopen.¹¹⁰ In dat kader hebben de door het faillissement benadeelden waarborgen. Werknemers hebben een aparte beroepsmogelijkheid (de artikelen 13a en 67 lid 2 Fw) en de schuldeisers het recht van verzet (artikel 10 Fw). In het voorontwerp is artikel 5 lid 2 Fw betreffende het hoger beroep tegen de machtiging van de rechter-commissaris tot opzegging van een arbeidsovereenkomst niet meer opgenomen. Door het nieuwe stelsel waarin geen verschil is tussen ontslag in en buiten insolventie zal

¹⁰⁵ Zie o.m. HR 26 juni 1981, NJ 1982, 450, m.nt. Ma en EAA en HR 20 mei 1988, NJ 1989, 676, m.nt. Ma en EAA. Zie voorts de conclusie A-G Asser onder 3.6.5 e.v. met veel gegevens voor HR 19 januari 1990, NJ 1991, 213 en Viering 1994, p. 109.

¹⁰⁶ J.C. van Apeldoorn, ‘De opening van de insolventieprocedure’, TvI 2004, 54, p. 265.

¹⁰⁷ HR 7 september 2001, NJ 2001, 550; JOR 2001, 222.

¹⁰⁸ Uncitral Legislative Guide on Insolvency, p. 20: ‘The standard to be met for commencement of insolvency proceedings is central to the design of an insolvency law (...). As a general principle it is desirable that the commencement standard be transparent and certain, facilitating access to insolvency proceedings conveniently, cost-effectively, and quickly to encourage financially distressed or insolvent businesses to voluntarily commence proceedings.’

¹⁰⁹ In de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen geldt dit thans niet: HR 13 juni 2003, LJN AF7006.

¹¹⁰ Hugo Sinzheimer Instituut onderzoek, ‘Faillissement en selectief ontslag’, een onderzoek naar ‘oneigenlijk gebruik’ van de Faillissementswet.

er minder aanleiding zijn om de insolventverklaring voor ontslagdoeleinden te misbruiken. De machtiging leidde overigens toch al niet tot daadwerkelijke bestrijding van misbruik zoals dat werd beoogd bij artikel 5 Richtlijn 2001/23/EG. Omdat de schuldenaar vaak verplicht is zijn faillissement aan te vragen op straffe van aansprakelijkheid, zal hem eerder het verwijt worden gemaakt dat hij te laat is dan te vroeg.

Dit is anders in de WSNP. Hier wordt de schuldenaar toegelaten na een uitvoerig onderzoek en wordt beoordeeld of de schuldenaar ten aanzien van het ontstaan en onbetaald laten van zijn schulden in de vijf voorafgaande jaren te goeder trouw is geweest, de uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen naar behoren zal nakomen en zich zal inspannen om zoveel mogelijk baten voor de boedel te verwerven (artikel 288 lid 1 Fw) en dat het verzoek zal worden afgewezen op de gronden genoemd in artikel 288 lid 2 onder a-d Fw. Het vereist een zorgvuldige weging van feitelijke gegeven. Dit onderzoek moet door de rechter worden uitgevoerd. Indien de schuldenaar slechts door een gerechtssecretaris wordt gehoord dan is dit in strijd met artikel 6 EVRM. Het feit dat na dit verhoor alsnog een verhoor door de rechter plaatsvindt maakt niet dat de schending van artikel 6 EVRM wordt geheeld. Juist in de WSNP mag de rechter niet afgaan op gegevens die geheel of gedeeltelijk uit de tweede hand zijn.¹¹¹

3.4.3 Opening op verzoek van de schuldeiser

Voor de schuldeiser gelden dezelfde grondslagen voor een verzoek tot insolventverklaring. Hij moet aantonen dat de schuldenaar heeft opgehouden te betalen of dat hij met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan. Indien de schuldenaar de vordering van de aanvrager betwist, moet summierlijk blijken dat de aanvrager een vordering heeft¹¹² en de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen.¹¹³ Gezien de ingrijpende gevolgen die een insolventieprocedure heeft zal in de regel een grote mate van waarschijnlijkheid worden verlangd, bijvoorbeeld dat de vordering zodanig vaststaat dat deze, indien daarom zou worden verzocht, bij voorlopige voorziening zou worden toegewezen. De rechter moet over het bestaan van een vordering een oordeel geven. Soms vraagt de curator de insolventverklaring van de bestuurder van een rechtspersoon en legt daaraan een vordering ten grondslag van de rechtspersoon op de bestuurder (bijv. op grond van artikel 2:9 BW of de vordering die hij, als curator van die rechtspersoon zelf, op de bestuurder heeft. Dit kan zijn een vordering op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur (artikel 2:138/248 BW),¹¹⁴ of omdat bijvoorbeeld geen volstorting op de aandelen heeft

¹¹¹ Hof Leeuwarden 10 oktober 2008, NJF 2009, 150.

¹¹² Polak-Polak 1972, p.30; Wessels, Insolventierecht par. 1181-1199; Van Buchem-Spapens 2004, p. 2-13.

¹¹³ HR 19 april 1974, NJ 1974, 345 en NJ 1974, 440 (dit is een marginale toetsing).

¹¹⁴ HR 20 mei 1988, NJ 1989, 676, m.nt. Ma en EAA.

plaatsgevonden (artikel 2:180 lid 2 BW). Indien de schuldenaar deze vordering betwist is de vraag is of de rechter de vordering vervolgens moet vaststellen op de wijze genoemd in artikel 6 EVRM? Omdat de behandeling (van de faillissementsaanvraag) meestal plaatsvindt in de raadkamer, moeten deze vorderingen dan eerst openbaar worden behandeld of moet de uitspraak in het openbaar plaatsvinden? De HR zegt hierover:

‘De summier procedure in de Faillissementswet is in het algemeen weinig geschikt om de aansprakelijkheid van een bestuurder ingevolge artikel 2:180 lid 2 BW op rechtens aanvaardbare wijze te doen vaststellen. Artikel 6 lid 3 Fw, bepalende dat de faillietverklaring wordt uitgesproken indien “summierlijk” blijkt van het bestaan van de daar bedoelde feiten en omstandigheden en van het daar bedoelde vorderingsrecht, brengt mee dat in het onderhavige geval de faillietverklaring slechts kon worden uitgesproken, indien “summierlijk” zou zijn gebleken van vorenbedoelde aansprakelijkheid, met dien verstande dat, als die aansprakelijkheid naar het oordeel van de rechter niet op grond van een summier onderzoek kon worden aangenomen, het verzoek tot faillietverklaring had dienen te worden afgewezen. Van een zodanig systeem kan niet gezegd worden dat het in strijd is met de regels van artikel 6 EVRM.’¹¹⁵

Door dit systeem (de rechter spreekt het faillissement uit omdat de vordering summierlijk blijkt) blijft de mogelijkheid bestaan dat het faillissement wordt uitgesproken op grond van een vordering die later, wellicht pas na de renvooi-procedure, blijkt niet te hebben bestaan. Indien geen verificatievergadering plaatsvindt, bijvoorbeeld bij een vereenvoudigde afwikkeling (artikelen 137a-137g Fw) of indien deze pro forma plaatsvindt (artikel 328a Fw), dan zijn de mogelijkheden voor de schuldenaar wel aanzienlijk afgenomen. Oorspronkelijk trad de executoriale fase van het faillissement pas in nadat de verificatievergadering was gehouden en de verwijzing naar de renvooi-procedure had plaatsgevonden. Werd geen akkoord aangeboden dan verkeerde de boedel van rechtswege in staat van insolventie (artikel 173 Fw) en werden de beslissingen over voortzetting of liquidatie pas daarna genomen. Tegenwoordig wordt de boedel meestal direct uitgewonnen. Indien het faillissement naderhand zou worden vernietigd kan de schade niet meer worden hersteld. (Zie ook par. 3.3.9. het Anca-arrest). Indien het faillissement wordt uitgesproken op basis van een vordering die wordt betwist lijkt terughoudendheid op zijn plaats.

3.4.4 Proceswaarborgen

Het verzoek tot faillietverklaring. Faillissementsrechtelijke proceswaarborgen volgen rechtstreeks uit de Faillissementswet. Uit artikel 4 Fw blijkt dat de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring met de meeste spoed wordt behandeld, de schuldenaar wordt opgeroepen om te worden gehoord en het vonnis van faillietverklaring ter openbare terechtzitting wordt uitgesproken. Algemeen wordt aangenomen dat alle waarborgen van artikel 6 EVRM van toepassing zijn

¹¹⁵ HR 26 juni 1981, NJ 1982, 450, m.nt. Ma en EAA.

bij de behandeling van dit verzoek. Hieruit volgt dat op grond van artikel 6 lid 1 EVRM de behandeling van een verzoek tot faillietverklaring in beginsel in het openbaar dient plaats te vinden.¹¹⁶ Artikel 4 Fw zegt echter dat de aangifte tot faillietverklaring wordt gedaan en het verzoek daartoe ingediend ter griffie en met de meeste spoed in raadkamer wordt behandeld. De behandeling in raadkamer niet kan worden gezien als een openbare behandeling, maar dit is een beperking van het grondrecht waarvoor artikel 6 EVRM ruimte biedt indien dit geschiedt ter bescherming van het privéleven van de schuldenaar, alsmede indien dat nodig is voor een snelle procedure, zodat niet te lang een fase van onzekerheid bestaat.¹¹⁷

De gerechtelijke vereffening van de boedel. Dat artikel 6 EVRM van toepassing is op de opening van de procedure betekent echter niet dat dit ook geldt voor de gerechtelijke vereffening van de boedel. Bij de afwikkeling van de boedel worden geen burgerlijke rechten en verplichtingen van de schuldenaar vastgesteld en de beslissingen die de faillissementsrechter in het kader van de gerechtelijke vereffening van de boedel neemt, zijn in de regel niet aan te merken als beslissingen in een ‘dispute’ of ‘contestation’ in de zin van artikel 6 EVRM.¹¹⁸ De uitkomst van de beslissing moet ‘directement déterminante’ of ‘onmiddellijk beslissend’ zijn voor de burgerlijke rechten of verplichtingen.¹¹⁹ Dat is meestal niet het geval.

In de zaak *Gurbuz v. Frankrijk* werd een geschil over de ‘liquidation of assets’ wel door artikel 6 EVRM beheerst.¹²⁰ Het EHRM lijkt een niet geheel bestendige lijn te volgen. In de *Anca*-zaak werd geoordeeld: ‘A judgement declaring bankruptcy affects civil rights and obligations as it deprives a person of the right to manage his property’. In de zaak *X v. België*: ‘Article 6 par. 1 is not applicable to urgent proceedings which lead to the adjudication of bankruptcy.’ En ‘bankruptcy cannot be considered as having been engaged in the “determination” of such civil rights and obligations. Its function was not to settle a dispute, but to provide a safeguard in the interests of the existing or potential creditors.’¹²¹

Daarmee is niet elk geschil tijdens de insolventieprocedure een ‘dispute’. Zo vroeg een directeur en aandeelhouder van een rechtspersoon, die in staat van faillissement was verklaard, de rechter-commissaris met een beroep op artikel 68 lid 2 Fw, verlot om namens de rechtspersoon procedures te mogen voeren tegen een debiteur en tegen twee gewezen curatoren van die rechtspersoon. Nu

¹¹⁶ Zie: E.A. Alkema, ‘Aanpassing van Kroonberoep en requestprocedures aan de Europese norm voor een eerlijk proces’, NJB 1980, p. 193–198; EHRM 26 oktober 2000, no. 21156/93 (G.J. v. Luxemburg).

¹¹⁷ P-G Berger voor HR 26 juni 1981, NJ 1982, 450, m.nt. Ma en EAA.

¹¹⁸ Vgl. HR 19 januari 1990, NJ 1991, 213 en zie voorts Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar (1986), p. 124.

¹¹⁹ Vgl. HR 24 maart 1995, NJ 1998, 414; AAe 45 (1996) 3, p. 189 (G.R. Rutgers); zie ook EHRM 21 september 1994 (*Fayed v. Verenigd Koninkrijk*), NJ 1995, 463, par. 56.

¹²⁰ Noot E.A. Alkema onder HR 22 september 1995, NJ 1997, 339.

¹²¹ ECRM 10 maart 1981, no. 8988/80 (*X. v. België*).

de wet voor het verlenen van een dergelijke machtiging, onderscheidenlijk het aannemen van een recht daarop, geen grondslag biedt en hierover ook geen redelijke twijfel mogelijk was, betrof deze procedure niet een ‘dispute (...) over a right which can be said, at least on arguable grounds, to be recognised under domestic law’,¹²² zulks nog daargelaten de vraag of een recht als hiervoor bedoeld wel zou kunnen worden aangemerkt als een ‘civil right’.¹²³

Zo zijn ook niet alle procedures die met een faillissement samenhangen een vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen, zoals een – niet-openbaar – beroep bij het Zwitserse Federaal Hof tegen een – wel met alle waarborgen omklede – beslissing om de schuldenaar onder curatele te stellen, voorafgaand aan de beslissing over zijn faillissement.¹²⁴ Hoewel het faillissement bij uitsteking lijkt op een procedure waarbij burgerlijke rechten en verplichtingen van de schuldenaar en de schuldeisers worden vastgesteld, wordt het ook, zoals we reeds zagen, gezien als een tijdelijke maatregel, een gewoon beslag op het vermogen ten bate van de gezamenlijke schuldeisers, totdat de staat van insolventie intreedt, waarbij de schuldenaar de bevoegdheid tot beschikking en beheer over zijn vermogen wordt ontnomen. In een faillissement op grond van artikel 442 van het Belgisch Wetboek van Koophandel gaf de ECRM in 1981 een aantal beslissingen over het faillissement. De Belgische Rechtbank van Koophandel verklaarde in 1979 een schuldenaar (ambtshalve) in staat van faillissement, zonder dat hij was gehoord. De schuldenaar diende een klacht in en deed onder andere een beroep op artikel 6 lid 1 EVRM, omdat hij bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen geen eerlijk proces had gekregen. Het EHRM oordeelde echter dat het onmiddellijke gevolg van de insolventverklaring is, dat de schuldenaar het recht wordt ontnomen om zijn onderneming voort te zetten en zijn vermogen te beheren tot dat een akkoord met zijn schuldeisers is bereikt of de procedure anderszins wordt beëindigd. De functie van deze ambtshalve insolventverklaring, hetgeen een uitzondering is op de normale procedure, dient ertoe een waarborg te bieden voor de belangen van huidige en toekomstige schuldeisers. Het is een tijdelijke maatregel. Hierop heeft artikel 6 lid 1 EVRM geen invloed. Er was door de Commissie wel kritiek op de gevolgde behandeling. Omdat de rechtbank de insolventie ambtshalve uitsprak, kon niet worden gezegd dat de klager bij de vaststelling aanwezig was geweest, maar de procedure bood wel de mogelijkheid dat voor de klager beroep openstond in een procedure, die wel met alle waarborgen van artikel 6 EVRM was omgeven. De klacht werd daarmee afgewezen.¹²⁵ P-G Berger refereerde in zijn conclusie voor HR 26 juni 1981,¹²⁶ aan het arrest in de Winterwerp-zaak.¹²⁷ Deze zaak

¹²² EHRM 28 september 1995, no. 14570/89 (Procola v. Luxemburg), NJ 1995, 667, AAe 1996, p. 120.

¹²³ HR 11 september 1998, NJ 1998, 829; JOR 1998, 172.

¹²⁴ ECRM 8 oktober 1976, no. 6916/75 (X., Y. en Z. v. Zwitserland).

¹²⁵ EHRM 10 maart 1981, no. 8988/80 (X. v. België), par. 1.

¹²⁶ HR 26 juni 1981, NJ 1982, 450, m.nt Ma en EAA.

¹²⁷ EHRM 24 oktober 1979, no. 6301/73 (Winterwerp v. Nederland).

betrof het verlies van de handelingsbekwaamheid als gevolg van plaatsing in een krankzinnigeninrichting en daarmee over de verandering van de status van de klager. Eenzelfde verandering treedt op bij de schuldenaar in een insolventieprocedure, door bijv. de beperking in zijn beschikkingsbevoegdheid, zijn bewegingsvrijheid en de postblokkade. Dit pleit op z'n minst voor de toepassing van artikel 6 EVRM op de diverse procedures waaruit de insolventieprocedure is opgebouwd.

3.5 Het bepalen van de gegrondheid van een strafvervolgning

Net als bij de term 'vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen' roept de term 'gegrondheid van een strafvervolgning' interpretatieproblemen op, omdat ook hier de rechtsstelsels van de verdragsstaten onderling verschillend zijn en naar een, van de nationale stelsels onafhankelijke, autonome betekenis moet worden gezocht.¹²⁸ De waarborgen van artikel 6 EVRM kunnen niet worden omzeild door strafrechtelijke inbreuken als 'administratief' of 'disciplinair' te bestempelen. Het EHRM verstaat onder de term 'criminal charge': 'the official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence'.¹²⁹ Het Hof heeft in de arresten in de zaken Engel c.s. en Öztürk aangegeven wanneer van een 'criminal charge' c.q. 'criminal offence' in de zin van artikel 6 EVRM sprake is.¹³⁰ Dat is steeds het geval als de overtreding naar nationaal recht tot het strafrecht wordt gerekend. De nationaalrechtelijke kwalificatie is echter niet beslissend. Voor de toepasselijkheid van artikel 6 EVRM is (vooral) van belang de gerichtheid van de maatregel op overtreding van een norm met een algemeen verbindend karakter, die zowel preventief als bestraffend bedoeld is.¹³¹ Van belang is ook de aard van het vergrijp en de aard en de zwaarte van de straf. Er zijn door het EHRM drie criteria genoemd om tot een strafvervolgning te besluiten:

- De interne kwalificatie van de inbreuk. Is de overtreden norm opgenomen in het strafrecht van de betrokken Verdragsstaat?

¹²⁸ EHRM 27 februari 1980, no. 6903/75 (Deweert v. België), par. 44: 'The prominent place held in a democratic society by the right of a fair trial (...) prompts the Court to prefer a "substantive", rather than a "formal" concept of the "charge" contemplated by article 6 (1).'

¹²⁹ EHRM 16 december 1997, no. 25420/94 (Tejedor García v. Spanje).

¹³⁰ EHRM 8 juni 1976, no. 5100/71 e.a. (Engel e.a. v. Nederland), NJ 1978, 223-224; AAe 1977, 55;

¹³¹ Deze norm is gebaseerd op EHRM 21 februari 1984, no. 8544/79 (Öztürk v. Duitsland), par. 50, NJ 1988, 937, AAe 1985, p. 145, m.nt. Swart; EHRM 25 augustus 1987, no. 9912/82 (Lutz v. Duitsland), NJ 1988, 938; In EHRM 24 september 1997, no. 93/1996/712/909 (Garyfallou AEBE v. Griekenland), par. 33, waarin is beslist dat indien aan één van de drie criteria uit Öztürk is voldaan, artikel 6 EVRM van toepassing is, terwijl het tweede en derde criterium gezamenlijk kunnen worden genomen, wanneer deze los van elkaar beschouwd nog niet tot toepassing leiden.

- De aard van de inbreuk. Heeft de strafbaarstelling een algemene of beperkte draagwijdte; wordt met de sanctie een repressief of enkel een preventief doel nagestreefd?
- De ernst van de sanctie. Is de sanctie dermate zwaar dat de inbreuk normaal als strafrechtelijk moet beschouwd worden?¹³²

De laatste twee criteria zijn slechts relevant wanneer de inbreuk in het nationale recht als administratief of disciplinair beschouwd wordt. Is de norm opgenomen in het strafrecht dan zijn de waarborgen van artikel 6 EVRM automatisch van toepassing.¹³³

3.5.1 De fiscale en bestuurlijke boete en het faillissement

Indien een schuldeiser (in de regel een bestuursorgaan) een vordering indient die is aan te merken als een fiscale of bestuurlijke boete, dan moet de curator beoordelen of deze strafvervolgning op grond van artikel 6 EVRM tot stand is gekomen. Indien dat niet het geval is, dan moet hij hiertegen opkomen (zie ook hoofdstuk 5). Het faillissement kan niet worden gezien als een strafvervolgning, hoewel menig schuldenaar dit misschien wel als zodanig ziet. Het is een burgerrechtelijke procedure en geen ‘official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence’.¹³⁴ Toch is artikel 6 EVRM, voor wat betreft het bepalen van de gegrondheid van een strafvervolgning voor de insolventieprocedure, van groot belang omdat veel bestuursorganen (zie hiervoor artikel 1:1 lid 1 Awb), die zich als schuldeiser in het faillissement kunnen melden, de bevoegdheid hebben gekregen om – zonder voorafgaande toestemming van de rechter – een last onder bestuursdwang of onder dwangsom op te leggen ter handhaving van de regels die deze besturen op grond van de wet dienen uit te voeren (zie onder meer artikel 125 Gemeentewet, artikel 122 Provinciewet en artikel 5:32 Awb, artikel 1.1a Wet Milieubeheer milieu en vele andere bestuursrechtelijke wetten).¹³⁵ Het zijn handhavingsbevoegdheden voor een bestuursorgaan. De bestuurlijke boete komt al sinds het begin van de vorige eeuw in het belastingrecht voor. Sedert begin van de jaren negentig in het verkeersrecht.¹³⁶ Sedert 1994 bestaat de bestuurlijke boete in het economisch orderingsrecht,¹³⁷ in het milieurecht¹³⁸ en in het sociale

¹³² EHRM 8 juni 1976, no. 5100/71 (Engel e.a. v. Nederland). Zie ook EHRM 22 mei 1990, no. 11034/84 (Weber v. Zwitserland), NJ 1992, 454, m.nt. EJD.

¹³³ Vande Lanotte en Haeck, 2-I p. 410 e.v.

¹³⁴ Hoof-Van Dijk 2006, p. 540; EHRM 27 februari 1980, no. 6903/75 (Deweert v. België), NJ 1980, 561, par. 46; Conclusie P-G voor HR 21 december 2007, LJN BB9663.

¹³⁵ R. Mellenbergh, ‘ABRvS 9 mei 2007, 200604496/1 (Thielen/Gemeente Maasdriel)’, TvI 2007, 34, p. 175.

¹³⁶ Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften ‘Wahv’.

¹³⁷ Handhaving door bestuurlijke boeten, advies aan de minister van Justitie, CTW 94/1, 12 januari 1994, Kamerstukken II 1993/94, 23 400, VI, nr. 48.

¹³⁸ Kamerstukken II 1997/98, 22343, nr. 34 (standpunt minister VROM Bestuurlijke boeten in het milieurecht).

verzekeringsrecht.¹³⁹ Het alternatief voor een bestuurlijke boete is een strafrechtelijke vordering. Met de inwerkingtreding van de vierde tranche van de Awb per 1 juli 2009 is er een algemene regeling gekomen voor het opleggen van bestuurlijke boeten.

De AWR en het Besluit Bestuurlijke Boeten Belastingdienst 2009¹⁴⁰ voorzien in de mogelijkheid dat de inspecteur een fiscale boete oplegt.¹⁴¹ Het is een integrale herziening van het besluit uit 1998 en is aangepast aan de vierde tranche van de Awb (wetsvoorstel 29 702). Er wordt onderscheid gemaakt tussen verzuimboeten en vergrijpboeten.¹⁴² Indien de belastingplichtige of inhoudingsplichtige de belasting, welke op aangifte moet worden voldaan of afgedragen of welke bij wege van aanslag wordt geheven, niet of te laat voldoet, dan vormt dit een verzuim ter zake waarvan de inspecteur hem, gelijktijdig met de vaststelling van de aanslag, een boete kan opleggen (artikel 67a AWR). Dit zijn verzuimboeten. Indien echter sprake is van opzet of grove schuld van de belastingplichtige of inhoudingsplichtige, indien niet of niet tijdig is betaald, dan bedraagt deze boete maximaal 300 procent van het bedrag dat niet tijdig is voldaan (artikel 67f AWR). Fiscale boeten vloeien niet rechtstreeks voort uit de wet. Vanaf 1 januari 1988 bevatten alle boetebepalingen het woord 'kan'. Het is een discretionaire bevoegdheid van de inspecteur.¹⁴³ Relevante, feitelijke omstandigheden kunnen aanleiding vormen de boete te matigen. Artikel 6 lid 3 EVRM verzet zich ertegen dat een boete wordt opgelegd bij 'afwezigheid van alle schuld' (geen straf zonder schuld). Daarvan kan sprake zijn wanneer de belastingplichtige niet meer de mogelijkheid heeft de belastingschuld te betalen omdat hij de bevoegdheid heeft verloren om over zijn vermogen te beschikken (artikel 23 Fw), terwijl de curator niet bevoegd is deze belastingschuld, die materieel is ontstaan voordat het faillissement is uitgesproken, te voldoen of voordat de uitdelingslijst in het faillissement definitief is vastgesteld en verbindend geworden (artikel 26 en 192 Fw).¹⁴⁴

Het opleggen van een verhoging als bedoeld in de AWR vormt een vervolging in de zin van artikel 6 EVRM.¹⁴⁵ Ook bij fiscale bestuurlijke boeten heeft het

¹³⁹ Wet boeten, maatregelen en terug- en invordering sociale verzekering (wet 'Boeman'), Strt. 1997, 248.

¹⁴⁰ M.W.C. Feteris, 'Nieuw Boetebeleid', WFR 2009/6824.

¹⁴¹ Zie ook HR 25 juni 1997, BNB 97, 275.

¹⁴² Wijziging van de Algemene Wet inzake rijksbelastingen en van de Invorderingswet 1990 in verband met de herziening van het stelsel van administratieve boeten en van het fiscale strafrecht. Kamerstukken II 1994/95, 23 470, nr. 8.

¹⁴³ Wet van 18 december 1997, Kamerstukken II 23 470, Stb 1997, 738.

¹⁴⁴ Besluit van de Staatssecretaris van 21 maart 2001, nr. RBT 2001/1176 M, TFB, mei 2001, p. 13.

¹⁴⁵ HR 19 juni 1985, BNB 1986, 29.

EHRM in een aantal gevallen artikel 6 EVRM toepasselijk geacht.¹⁴⁶ De belastingplichtige aan wie de inspecteur een bestuurlijke boete heeft opgelegd, kan een beroep doen op de rechten die artikel 6 EVRM aan een verdachte in een strafzaak toekent.¹⁴⁷ Er bestaat echter geen goede grond voor het opleggen van een verhoging wegens het te laat doen van aangifte op grond van artikel 9 lid 3 AWR. Dit is niet als een ‘criminal charge’ in de zin van artikel 6 EVRM aan te merken. De sanctie werd daarvoor te licht bevonden.¹⁴⁸ Het EHRM heeft artikel 6 EVRM wel toegepast op zwaardere fiscale bestuurlijke boeten en zal dit waarschijnlijk ook doen op lichte fiscale boeten.¹⁴⁹

Onder een strafvervolgning in de zin van de genoemde bepaling is mede te verstaan (de aankondiging van) de oplegging van bestuurlijke boeten, zoals de fiscale boeten.¹⁵⁰ Dit geldt voor zowel vergrijpboeten (met omschreven schuldverband) als verzuimboeten die zijn geabstraheerd van de verwijtbaarheid.¹⁵¹ Het EHRM zegt daarover in de zaak *Västberga Taxi* over de Zweedse fiscaal-administratieve boeten het volgende:

‘(...) the present tax surcharges are not intended as pecuniary compensation for any costs that may have been incurred as a result of the taxpayer's conduct. Rather, the main purpose of the relevant provisions on surcharges is to exert pressure on taxpayers to comply with their legal obligations and to punish breaches of those obligations. The penalties are thus both deterrent and punitive. The latter character is the customary distinguishing feature of a criminal penalty (see the *Öztürk v. Germany* judgment cited above, par. 53). In the Court's opinion, the general character of the legal provisions on tax surcharges and the purpose of the penalties, which are both

¹⁴⁶ EHRM 24 februari 1994, no. 12547/86 (*Bendenoun v. Frankrijk*), BNB 1994, 175, m.nt. Wattel; EHRM 29 augustus 1997, no. 20919/92 (E.L., R.L. en J.O.-L. v. Zwitserland), BNB 1998, 61; EHRM 27 maart 1998, no. 21351/93 (J.J. v. Nederland), FED 1998, 264.

¹⁴⁷ HR 19 juni 1985, NJ 1986, 104, m.nt. EAA.

¹⁴⁸ HR 24 januari 1990, BNB 1990, 287, m.nt. Hofstra.

¹⁴⁹ Feteris 2000 p. 119-120. Feteris vestigt de aandacht op een niet-ontvankelijkheidsbeslissing uit 1999, EHRM 15 juni 1999, no. 37607/99 (*W.S. v. Polen*) in het geval van een boete van ca. fl 200,-, maar hij meent dat uit deze beslissing (nog) geen conclusie over de Nederlandse fiscale verzuimboeten kunnen worden getrokken. Hij meent dat de Nederlandse rechter er niettemin verstandig aan doet veiligheidshalve van de toepassing van artikel 6 EVRM uit te gaan. De Staatssecretaris van Financiën gaat intussen ervan uit dat alle fiscale bestuurlijke boeten een strafrechtelijk karakter in de zin van artikel 6 EVRM hebben, zie par. 9, lid 11 Besluit Bestuurlijke Boeten Belastingdienst (BBBB) 1998, Stcrt. 1997, 248, p. 28 (29).

¹⁵⁰ In wetsvoorstel 23 470: in verband met het CTW (Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten) advies wordt de term ‘bestuurlijke boete’ gehanteerd om de fiscale boete-oplegging aan te duiden.

¹⁵¹ EHRM 21 februari 1984 (*Öztürk v. Duitsland*), NJ 1988, 937; EHRM 24 februari 1994 (*Bendenoun v. Frankrijk*), BNB 1994, 175; ECRM 11 juli 1989, no. 11598/85 (*Société Stenuit v. Frankrijk*), FED 1992, 668; HR 19 juni 1985, BNB 1988, 298 en HR 3 mei 1989, BNB 1989, 256 en nogmaals herhaald: EHRM 29 augustus 1997, no. 20919/92 (E.L., R.L. en J.O.-L. v. Zwitserland), BNB 1998, 61.

deterrent and punitive, suffice to show that for the purposes of Article 6 of the Convention the applicants were charged with a criminal offence.’¹⁵²

Sinds het Bendenoun-arrest is het niet meer een vanzelfsprekende constatering dat de waarborgen van artikel 6 EVRM ook gelden bij het opleggen van een verzuimboete. In dat arrest heeft het EHRM namelijk, in aanvulling op eerdere jurisprudentie, opnieuw de criteria vermeld aan de hand waarvan moet worden beoordeeld of er sprake is van een ‘criminal charge’. Het lijkt er daarbij op dat het EHRM de criteria strikter formuleert dan in de voorafgaande jurisprudentie, en dat als gevolg hiervan de verzuimboete wellicht niet (meer) kwalificeert als een ‘criminal charge’. Het Hof formuleert in het Bendenoun-arrest vier omstandigheden die bij de beoordeling van het ‘criminal charge’-karakter van belang zijn:

- De bepalingen werken ten aanzien van alle burgers;
- De boete is niet een vergoeding van schade, maar heeft een strafkarakter;
- De boete wordt opgelegd op grond van een algemene regel die ten doel heeft af te schrikken en te straffen;
- Het boetebedrag is substantieel (in casu ging het om bedragen van ruim € 64.000 en € 73.000) en wanneer zij niet betaald wordt is een gevangenisstraf mogelijk.

Die voorwaarden tezamen hebben naar het oordeel van het EHRM tot gevolg dat sprake is een ‘criminal charge’ in de zin van artikel 6 EVRM. Geen van de genoemde voorwaarden op zich is daarvoor voldoende. Er moet dus sprake zijn van een substantieel bedrag aan boete. Bij verzuimboeten is dat doorgaans niet het geval. Daarmee moeten bij het opleggen van een fiscale boete de waarborgen van artikel 6 lid 1 EVRM in acht worden genomen, die uit dat strafkarakter voortvloeien. Deze waarborgen zijn opgenomen in de artikelen 67g t/m 67q AWR. Indien de schuldenlast van de schuldenaar bestaat uit vorderingen met een bestuurlijke boete, dan is dit vaak een reden om de schuldenaar de toegang tot de WSNP te weigeren, omdat de schuldenaar ten aanzien van het ontstaan van die vorderingen niet te goeder trouw wordt geacht (artikel 288 Fw). Zo int het Centraal Justitieel Incassobureau (‘CJIB’) vorderingen die vroeger niet via de overheid werden geïncasseerd, zoals premies voor de zorgverzekering, parkeerboetes, terugvordering huursubsidies, etc. Het CJIB heeft betreffende de minnelijke schuldhelpverlening een samenwerkingsverband met de Nederlandse Vereniging voor Volkskrediet (‘NVVK’), maar niet met andere schuldhelpverleners. Blijft na de termijn van 36 maanden een restantschuld over dan moet deze, na afloop van de WSNP, binnen 27 maanden worden voldaan. Het CJIB verleent geen finale kwijting.

¹⁵² EHRM 23 juli 2002, 36985/97 (Västberga Taxi Aktiebolag en Vulic v. Zweden), BNB 2003, 2 m.nt. Feteris.

3.6 Artikel 6 EVRM en het recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak

Het recht op een eerlijke behandeling ('fair hearing') omvat, naast de grondbeginselen die in artikel 6 EVRM worden genoemd nog andere grondbeginselen, zoals de verplichting tot het volgen van een goede procesorde ('fair play'), het recht op tegenspraak 'hoor en wederhoor'; gelijkheid van wapenen ('equality of arms') en het recht op een motivering van de uitspraak. Van deze beginselen wordt in artikel 6 EVRM geen opsomming gegeven, maar zij kunnen feitelijk worden gezien als onderdeel van een eerlijke behandeling ('fair trial'). Het EHRM beschouwt deze elementen niet steeds afzonderlijk; het procesverloop wordt in zijn geheel beoordeeld.¹⁵³

Fair hearing. Dat eenieder recht heeft op een eerlijke behandeling van zijn zaak is vanzelfsprekend. De Engelse verdragstekst spreekt over een 'fair hearing' en de Franse tekst van 'droit à ce que sa cause soit entendu ... équitablement'. Ook worden termen gebruikt als 'fair trial' en 'procès équitable'. Voor het burgerlijk proces is het begrip 'fair hearing' zo omschreven, dat het de garantie inhoudt: 'that everyone who is a party to civil proceedings shall have a reasonable opportunity of presenting his case to the court under conditions which do not place him under a substantial disadvantage, vis-à-vis his opponent.'¹⁵⁴ Artikel 6 EVRM geeft reeds aan dat een eerlijke behandeling afzonderlijke onderdelen omvat: openbaarheid, binnen een redelijke termijn en door een onafhankelijke en onpartijdige rechter. Het is te omschrijven als het recht van iedere procespartij om zijn zaak aan de rechter voor te leggen onder zodanige omstandigheden dat hij niet wezenlijk benadeeld wordt ten opzichte van zijn wederpartij. Op welke wijze het proces wordt ingericht wordt aan de lidstaten zelf overgelaten. Of de uitkomst daarvan aan het EVRM voldoet, wordt door het EHRM, indien zij de procedure in haar geheel overziet, van geval tot geval beoordeeld. De eerlijke behandeling betreft steeds de 'procedurele eerlijkheid'. Of de procedure tevens 'materieel eerlijk of rechtvaardig is', wordt buiten beschouwing gelaten.¹⁵⁵

Fair play. Er bestaat een zekere verhouding tussen artikel 6 EVRM, het begrip 'fair play', de goede trouw in het burgerlijk procesrecht en een goede procesorde. In artikel 6 EVRM gaat het om de aanspraken die eenieder heeft tegenover

¹⁵³ ECRM 15 maart 1961, no. 343/57 (Nielsen v. Denemarken), par. 79.

¹⁵⁴ EHRM 28 februari 1977, no. 7450/76 (X. v. België).

¹⁵⁵ ECRM 15 juli 1986, no. 9938/82 (Bricmont v. België): '(...) the right to a fair trial is that any party to proceedings must be allowed to present his case under conditions which do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent' en 'The fairness of civil proceedings must be judged on the basis of development of the case as a whole and that an isolated incident cannot be seen as interference with the principle of fairness, unless it might have substantially affected the proceedings or their result'; EHRM 19 april 1993, no. 13942/88 (Kraska v. Zwitserland), par. 30: 'It falls to the Court to decide whether the contested proceedings considered as a whole were fair within the meaning of the Convention.'

de rechter, de overheid en de wetgever. Het ziet toe op de verticale verhouding. Het begrip ‘fair play’ ziet meer toe op de horizontale verhouding, de onderlinge verhouding tussen de partijen, die in een procedure zijn betrokken.¹⁵⁶ Dit houdt verband met de goede trouw die de procespartijen onderling en jegens elkaar in acht behoren te nemen.¹⁵⁷ ‘Fair play’ is niets anders dan te goeder trouw procederen.¹⁵⁸ ‘Goede procesorde’ omvat tal van uiteenlopende normen en beginselen, waarvan de normen die expliciet in artikel 6 EVRM worden genoemd, onderdeel uitmaken.¹⁵⁹ Zo brengen zowel de beginselen van een behoorlijke procesorde als artikel 6 EVRM met zich mee dat de rechter in beginsel slechts behoort te beslissen aan de hand van stukken tot kennisneming waarvan en uitlating waarover aan partijen voldoende gelegenheid is gegeven.¹⁶⁰ Dat beginsel is echter niet zonder uitzonderingen. Het kan met name uitzondering lijden in een spoedeisende en summiere faillissementsprocedure.¹⁶¹

3.6.1 Het recht om te worden gehoord (hoor en wederhoor)

Partijen nemen in de procedure een gelijkwaardige positie in. Eenieder die partij is bij een civiele procedure moet een redelijke gelegenheid hebben zijn zaak aan het gerecht voor te leggen onder zodanige omstandigheden dat hij niet substantieel benadeeld wordt ten opzichte van zijn wederpartij.¹⁶² Dit is ruimer dan, maar houdt zeker verband met, het recht op hoor en wederhoor. Dit laatste recht verdient een ‘ereplaats’ in het procesrecht.¹⁶³ Het vindt haar plaats in de algemene voorschriften met betrekking tot procedures in artikel 19 Rv. Het verdient die plaats ‘omdat het hier bedoelde recht op rechterlijk gehoor wel wordt beschouwd als het meest fundamentele beginsel van (burgerlijk) procesrecht’.¹⁶⁴ Het recht op hoor en wederhoor maakt deel uit van het recht op tegenspraak. Dit brengt mee dat de rechter zich bij de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen alleen mag baseren op gegevens van feitelijke aard, waarvan partijen de juistheid en volledigheid hebben kunnen nagaan en in het proces ter discussie hebben kunnen stellen.¹⁶⁵ Zo ook hebben alle in rechte betrokken partijen het

¹⁵⁶ HR 29 juni 1990, NJ 1991, 337, m.nt. EAA: artikel 6 EVRM richt zich op de overheid (o.m.) de rechter en niet tot partijen.

¹⁵⁷ M.E. Storme, ‘De goede trouw in het geding?’, De invloed van de goede trouw in het privaats proces- en bewijsrecht’, Tijdschrift voor Privaatrecht 1990, p. 353-527 (i.h.b. p. 361).

¹⁵⁸ A. Hammerstein, ‘Te goeder trouw procederen’, Tijdschrift voor Privaatrecht 1989, p. 1595-1613.

¹⁵⁹ J.E.A.A. ten Berg-Koolen, ‘De goede procesorde in het burgerlijk procesrecht’, NJB 1986, p. 113-119.

¹⁶⁰ HR 27 maart 1987, NJ 1988, 130.

¹⁶¹ HR 12 mei 1989, NJ 1989, 647.

¹⁶² ECRM 15 juli 1986, no. 9938/82 (Bricmont v. België).

¹⁶³ Asser 1991, p. 12.

¹⁶⁴ MvT Voorontwerp Rv, p. 39.

¹⁶⁵ HR 18 februari 1994, NJ 1994, 742, m.nt. HJS; HR 5 maart 1999, NJ 1999, 382 (bij vaststelling hoogte voorschot deskundige).

recht om kennis te nemen van al het aangevoerde bewijs en van alle gemaakte opmerkingen, alsmede het recht daarop te kunnen reageren. De vraag of de stukken daadwerkelijk invloed hadden op de beslissing, is daarbij niet doorslaggevend.¹⁶⁶

Het beginsel van hoor en wederhoor impliceert dat de procespartijen op een behoorlijke wijze worden opgeroepen.¹⁶⁷ Indien partijen zijn opgeroepen en verschijnen lijkt ook het recht om de zaak mondeling te behandelen een gegeven, maar dat volgt niet uit de jurisprudentie van het EHRM. Het is ook niet altijd strikt noodzakelijk.¹⁶⁸ Dit kan anders zijn indien het van belang is dat de rechter een indruk krijgt van de persoonlijkheid en levenswijze van (één van de) partijen.¹⁶⁹ Dit lijkt het geval bij de aanvraag van de insolventie van de schuldenaar, maar artikel 6 EVRM staat niet in de weg dat de rechter het verzoek buiten aanwezigheid van de schuldenaar behandelt.¹⁷⁰ De Waard meent, met een beroep op HR 29 oktober 1982, NJ 1983, 196, dat er een ongeschreven hoorplicht in insolventiezaken is.¹⁷¹ Smits verzet zich hiertegen.¹⁷² Dat deed ook A-G Biegman-Hartogh in haar conclusie voor dat arrest. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de schuldenaar op de aanvraag moet worden gehoord.¹⁷³ Doch uitzonderingen zijn mogelijk. Gezien de ernstige gevolgen van een faillissement voor de betrokkene is er wel sprake van een wettelijke oproepplicht van de schuldenaar.¹⁷⁴ In het (mondelinge en schriftelijke) debat voor de rechter moeten partijen voldoende in de gelegenheid zijn gesteld kennis te nemen van en zich uit te laten over de door de wederpartij in het geding gebrachte (bewijs)stukken.¹⁷⁵

¹⁶⁶ EHRM 18 februari 1997, no. 18990/91 (Nideröst-Huber v. Zwitserland), par. 24-27 (concurring opinion De Meyer), NJ 1997, 590.

¹⁶⁷ Dommering in zijn noot onder het Dombo-arrest (EHRM 27 oktober 1993, no. 14448/88 (Dombo v. Nederland), NJ 1994, 534, m.nt. HJS en EJD.

¹⁶⁸ Heemskerk in zijn noot onder HR 26 februari 1988, NJ 1989, 2: 'Het hoor en wederhoor kan natuurlijk even goed worden gerealiseerd in een geheel schriftelijk gevoerde procedure. Bijna al onze procedures worden schriftelijk gevoerd. Het recht om zijn zaak mondeling te bepleiten is een zaak van nationale wetgeving en nationale rechtscultuur.'

¹⁶⁹ EHRM 24 oktober 1979, no. 6301/73 (Winterwerp v. Nederland). Mede onder invloed van dit arrest heeft de nationale rechter een hoorplicht aangenomen in de toenmalige krankzinnigenwetzaken. Zie HR 27 november 1981, NJ 1983, 56, m.nt. WHH; HR 22 juli 1982, NJ 1983, 59 en HR 10 april 1992, NJ 1992, 445.

¹⁷⁰ A-G Biegman-Hartogh in haar conclusie voor het arrest HR 29 oktober 1982, NJ 1983, 196, m.nt. BW.

¹⁷¹ De Waard 1987, p. 304.

¹⁷² Smits 1996, p. 99.

¹⁷³ HR 29 oktober 1982, NJ 1983, 196, m.nt. BW.

¹⁷⁴ Smits 1996, p. 100-104.

¹⁷⁵ EHRM 23 juni 1993, no. 12953/87 (Ruiz-Mateos v. Spanje), NJ 1995, 397, m.nt. EJD, par 63: '(...) the principle of equality of arms is only one feature of the wider concept of a fair trial, which also includes the fundamental right that proceedings should be adversarial (...). The right to an adversarial trial means the opportunity for the parties to have knowledge of and comment on the observations filed or evidence adduced by the other party (...) a party (...) must as a rule be guaranteed free access to the observations of the other participants in these proceedings and a genuine opportunity to comment on those observations.'; EHRM 29 mei 1986, no. 8562/79 (Feldbrugge v. Nederland), par 42-44;

Hierbij kan een tweedeling worden gemaakt: enerzijds het recht op tegenspraak ten aanzien van in het geding gebrachte processtukken en anderzijds het recht op tegenspraak van in de procedure naar voren gebrachte feitelijke en bewijsgegevens.

Na deze inleiding komen enige specifieke faillissementsrechtelijke deelgebieden aan de orde die liggen op het vlak van hoor en wederhoor:

- de aanvraag tot faillietverklaring;
- de beschikking van de rechter-commissaris;
- de vordering tot ontslag van instantie (artikel 27 Fw);
- te laat ingediend verzet/hoger beroep;
- verzet tegen de uitdelingslijst;
- het ontslag van de curator;
- ongunstige conclusie van het Openbaar Ministerie;
- het vaststellen van het salaris van de curator;
- het horen van schuldeisers in een grensoverschrijdende insolventie.

Hoor en wederhoor bij aanvraag tot faillietverklaring. Artikel 6 lid 1 j° artikel 9 lid 3 Fw strekt ertoe te bevorderen dat een aanvraag, onderscheidenlijk het hoger beroep gericht tegen de afwijzing daarvan, niet wordt behandeld buiten aanwezigheid van de betrokken schuldenaar. Een redelijke toepassing van deze bepalingen, die met deze strekking overeenstemt en rekening houdt met de ernstige gevolgen die de faillietverklaring voor de schuldenaar kan hebben, zelfs als zij achteraf door aanwending van een rechtsmiddel wordt vernietigd, brengt dit mee. Hieruit volgt dat de schuldenaar steeds moet worden opgeroepen om op de aanvraag, of het hoger beroep, te worden gehoord. Dit is alleen anders indien bijv. de schuldenaar naar het buitenland is uitgeweken en/of de gerechtvaardigde belangen van de schuldeisers, in het licht van de financiële situatie van de schuldenaar, geen uitstel toestaat. Voorts dient, indien de schuldenaar niet op de oproep verschijnt, de rechter, alvorens tot de behandeling van de aanvraag of het hoger beroep over te gaan, te onderzoeken of de oproep tijdig en overeenkomstig de ter zake geldende voorschriften is gedaan.¹⁷⁶

De eisen van een goede rechtspleging brengen mee dat indien één der partijen stukken in het geding brengt, de wederpartij de gelegenheid dient te hebben zich daarover uit te laten,¹⁷⁷ maar partijen kunnen van dat recht afstand doen.¹⁷⁸ Dit geldt ook indien de rechter zijn mening baseert op ambtshalve ingewonnen inlichtingen.¹⁷⁹

EHRM 28 augustus 1991, no. 11170/84, 12876/87 en 13468/87 (Brandstetter v. Oostenrijk), par. 66.

¹⁷⁶ HR 29 oktober 1982, NJ 1983, 1983, 196, m.nt. BW en HR 27 maart 1987, NJ 1988, 130.

¹⁷⁷ HR 3 juni 1988, NJ 1989, 5, r.o. 3.3.

¹⁷⁸ HR 12 mei 1989, NJ 1989, 647.

¹⁷⁹ HR 4 februari 1983, NJ 1983, 567.

De Faillissementswet biedt de schuldenaar een aantal keren de gelegenheid zich actief in de faillissementsprocedure te mengen, ook al heeft hij geen beslissende stem als het gaat om de uitwinning van zijn vermogen en de verdeling van het actief onder de schuldeisers:

- De rechter dient de schuldenaar wiens faillissement is aangevraagd, te horen, althans daartoe op te roepen (artikel 6 Fw);
- Idem, alvorens de opheffing van het faillissement te bevelen (artikel 16 lid 3 Fw);
- Bij verificatie heeft de schuldenaar de mogelijkheid ter verificatievergadering, die hij verplicht is bij te wonen (artikel 116 Fw), vorderingen te erkennen (artikel 121 lid 4 Fw) of te betwisten (artikel 126 Fw), hetgeen gevolgen heeft, zowel gedurende, als na afloop van het faillissement. Bij erkenning leveren het vonnis na homologatie van het akkoord (artikel 159 Fw), respectievelijk het proces-verbaal van de verificatievergadering (artikel 196 Fw) met betrekking tot die vorderingen, een executoriale titel op tegen de schuldenaar, maar niet bij betwisting door de schuldenaar zelf (artikel 159 Fw, respectievelijk artikel 197 Fw);
- De schuldenaar kan zijn schuldeisers een akkoord aanbieden en dit kan door hem worden toegelicht, verdedigd en gewijzigd in de verificatievergadering (artikel 144 Fw);
- Bij de behandeling van de homologatie van het akkoord kan de schuldenaar ter verdediging van zijn belangen optreden (artikel 152 Fw), hij kan van een weigering tot homologatie in hoger beroep gaan (artikel 154) en beroep in cassatie instellen (artikel 156 Fw);
- Hij kan aanwezig zijn bij de rekening en verantwoording van de curator (artikel 193 Fw);¹⁸⁰
- Hij kan te allen tijde het ontslag of vervanging van de curator verzoeken (artikel 73 Fw);

Meer in het algemeen kan de schuldenaar steeds bij de rechter-commissaris opkomen tegen het handelen of nalaten van de curator, met de mogelijkheid van beroep op de rechtbank (artikelen 69 en 67 Fw).

Hoor en wederhoor bij de beschikking van de rechter-commissaris. Op zaken ingevolge de insolventie is het eerste boek, derde titel en zevende titel, vierde afdeling Rv niet van toepassing (artikel 1.1.5 lid 2 Voorontwerp). De derde titel heeft betrekking op de verzoekschriftprocedure in eerste aanleg; de zevende titel, vierde afdeling heeft betrekking op het hoger beroep tegen beschikkingen. De Faillissementswet kent een zelfde bepaling (zie artikel 362 lid 2 Fw). Deze titels zijn in het algemeen wel op insolventiezaken van toepassing, maar ook

¹⁸⁰ De rekening en verantwoording geschiedt aan de rechter-commissaris en niet aan de schuldenaar, maar het verdient aanbeveling dat hij daarbij wel aanwezig is (Losbl. Fw, artikel 193 aant. 2).

hier kunnen uit de wet of uit de aard van de zaak beperkingen voortvloeien.¹⁸¹ De belangrijkste reden hiervoor is, dat veel beslissingen in insolventieprocedures soms onder grote tijdsdruk moeten worden genomen. Daarbij kan niet altijd onverkort worden vastgehouden aan de in artikel 19 Rv neergelegde regel van hoor en wederhoor. Partijen moeten soms door de rechter-commissaris telefonisch worden gehoord. Dit horen zou ernstig bemoeilijkt worden als de rechter-commissaris gehouden is aan de plicht de hem verstrekte gegevens steeds volledig ter kennis van beide partijen te brengen. De regeling waarbij de rechter-commissaris toezicht houdt op het beheer en de vereffening van de insolvente boedel door de curator (vgl. artikel 64 e.v. Fw en artikel 4.3.1 Voorontwerp) en in welk verband veelsoortige verzoeken tot de rechter-commissaris kunnen worden gericht, moet worden omschreven als een ‘informele en op snelheid gerichte procedure’. In zo’n procedure mag de rechter-commissaris deze beschikkingen zelfs telefonisch geven.¹⁸² Deze verzoeken gaan ook niet steeds over burgerlijke rechten of verplichtingen. Zo wordt, bijvoorbeeld, de rechter-commissaris dikwijls verzocht de curator tot spoed te manen bij de afwikkeling. Het zal wel regelmatig voorkomen dat in het kader van deze toezichthoudende functie burgerlijke rechten en verplichtingen ter sprake komen, maar het is in beginsel niet de taak van de rechter-commissaris deze rechten en verplichtingen vast te stellen. Tevens moet worden bedacht dat de rechter-commissaris over informatie kan beschikken die niet bij alle partijen bekend is. Daarom kan aan het uitgangspunt van artikel 24 Rv, inhoudende dat de rechter beslist op hetgeen partijen aan hun verzoek of verweer ten grondslag hebben gelegd, in insolventiezaken niet onverkort worden vastgehouden. Artikel 24 Rv biedt daarvoor overigens ook zelf de ruimte door de woorden ‘tenzij uit de wet anders voortvloeit’. Mede hierom is in het Voorontwerp gekozen voor een eigen rechtsgang. Hiervóór pleiten de eigen aard van de procedure, mede kenbaar uit de rechtsgeschiedenis en de vergelijkbare aanpak in enkele omliggende landen. Wel dient de insolventieprocedure zo nauw mogelijk aan te sluiten bij de algemene regeling in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, zowel inhoudelijk als systematisch en terminologisch. Waar dit onder omstandigheden nodig blijkt, kunnen wettelijke bepalingen daaruit in aanmerking komen voor overeenkomstige toepassing. De bepalingen over beroep in cassatie in de artikelen 426a e.v. Rv zijn niet uitgesloten. Zij vormen een algemene regeling die ook in insolventiezaken kan worden toegepast, voor zover daarvan niet is afgeweken. De uitsluiting in artikel 362 lid 1 Fw (toepasselijkheid van de Algemene Termijnenwet) keert in het

¹⁸¹ Vgl. artikel 362 lid 2 Fw. In plaats van ‘verzoeken ingevolge deze wet’ wordt thans gesproken van ‘zaken ingevolge deze wet’ met het oog op de gevallen waarin een beschikking ambtshalve, derhalve zonder voorafgaand verzoek, wordt gegeven (vgl. artikel 261 lid 1 Rv).

¹⁸² HR 8 februari 1991, NJ 1992, 406; Polak-Polak 1995, p. 148; S. Boekman 1996, p. 39; Vgl. over 69 Fw: HR 10 mei 1985, NJ 1985, 792; HR 18 februari 1994, NJ 1994, 754; R.J. Schimmelpenninck, ‘Artikel 69 Faillissementswet: tussenkomst Rechter-commissaris’, Adv. bl. 1986, p. 8 e.v.; F.M.J. Verstijlen, ‘De Faillissementsprocedure van art. 69 Fw’, WPNR 6127 (1994), p. 178 e.v.; HR 11 september 1998, JOR 1998, 172.

Voorontwerp niet terug, aangezien de termijnen waarop deze bepaling betrekking heeft – de artikelen 39, 238 en 305 Fw (termijn voor opzegging huur) en de artikelen 40 en 239 Fw (termijn opzegging arbeidsovereenkomst) – ook niet terugkeren. Dit brengt met zich mee dat artikel 6 EVRM niet volledig van toepassing is. Indien de curator een verweerschrift indient tegen het verzoek ex artikel 69 Fw dan behoeft de rechter-commissaris de verzoeker niet in de gelegenheid te stellen zijn standpunt nader toe te lichten.¹⁸³

Indien een schuldeiser of de commissie uit de schuldeisers zich op grond van artikel 69 Fw met een verzoekschrift tot de rechter-commissaris wendt, beslist de rechter-commissaris daarop bij beschikking. Van een beschikking als bedoeld in artikel 67 lid 1 Fw, is sprake als de rechter-commissaris iets heeft kunnen beslissen op grond van een verzoek dat volgens de Faillissementswet voor een beslissing in aanmerking komt. Louter informatieve mededelingen of maatregelen van orde die door de wet zijn voorgeschreven en waarbij de rechter-commissaris niets met juridisch gevolg beslist, gelden niet als een beschikking, waartegen op grond van artikel 67 Fw beroep open staat.¹⁸⁴

Hoor en wederhoor bij de vordering tot ontslag van instantie (artikel 27 Fw). Indien een door de schuldenaar ingestelde rechtsvordering tijdens de faillietverklaring aanhangig is, op verzoek van de gedaagde partij wordt geschorst en de curator niet op de oproep om de procedure over te nemen verschijnt, dan heeft de gedaagde partij het recht verval van instantie te vragen (zie ook: het recht op toegang tot de rechter hiervoor). De rechter die op het verzoek beslist dient daarbij het belang van de gedaagde, dat hierin bestaat dat hij bij voortzetting van de procedure de proceskosten, indien hij de procedure wint en niet op de schuldenaar kan verhalen, af te wegen tegen het belang van de schuldenaar bij het verkrijgen van een beslissing. Dit brengt mee dat met het oog op deze belangenafweging de schuldenaar zich daarover kan uitlaten. Indien hem die gelegenheid niet wordt geboden, dan is het beginsel van hoor en wederhoor geschonden.¹⁸⁵

Hoor en wederhoor bij te laat ingediend verzet/hoger beroep. Artikel 8 lid 2 Fw geeft de schuldenaar een termijn om beroep (in cassatie) in te stellen. In een geval waarbij een in België woonachtige man failliet werd verklaard, welk vonnis eerst nadat de verzetstermijn was verstreken aan hem in België werd betekend, verklaarde het Hof hem niet-ontvankelijk in zijn verzet wegens over-

¹⁸³ HR 24 februari 2006, JOR 2006/163, m.nt. R. Bremer, tevens behorend bij JOR 2000/161 en JOR 2006/162, Gerecht in eerste aanleg van de Nederlandse Antillen, zp. Curaçao en Sint Maarten, 25 januari 2006, JOR 2006/162 en HR 20 januari 2006, JOR 2006/161 over artikel 65 FbNA (artikel 69 Fw).

¹⁸⁴ Losbl. Fw, artikel 66, aant. 1; Vgl. voorts de conclusie van A-G Asser vóór HR 11 februari 1994, NJ 1994, 336 waarin de beslissing van de rechter-commissaris op een reeds tevoren gedaan beroep op het verschoningsrecht in een verhoor op artikel 66 Fw als een beschikking is aangemerkt.

¹⁸⁵ HR 6 juni 2008, LJN BC8099.

schrijding van de, op de voet van artikel 8 lid 2 Fw voorgeschreven termijn van één maand na de dag van de uitspraak. De verweerder tegen wie bij verstek uitspraak was gedaan kon aan de rechter, indien de termijn waarbinnen een rechtsmiddel had moeten worden aangewend inmiddels is verstreken, verzoeken hem, met een beroep op artikel 6 EVRM, een nieuwe termijn toe te staan binnen welke hij het rechtsmiddel alsnog kon aanwenden.¹⁸⁶ Dit geldt ook voor een ander rechtsmiddel (zoals request civiel) indien de termijn daarvoor is verstreken en dat niet kan worden aangerekend.¹⁸⁷ De omstandigheid dat een partij als verhindering, om op een door de rechter bepaalde comparitie te verschijnen, opgeeft in het buitenland te verblijven, verplicht de rechter slechts de comparitie met het oog op het mede door artikel 6 EVRM gewaarborgde beginsel van hoor en wederhoor uit te stellen indien die omstandigheid plotseling en onverwacht is opgekomen en niet in de risicosfeer van die partij ligt. Het enkele feit dat de betrokken partij in het buitenland verbleef, levert geen overmacht op om zelf, danwel bij gemachtigde, te verschijnen.¹⁸⁸

Hoor en wederhoor bij verzet tegen de uitdelingslijst. Het Antilliaanse faillissementsrecht sluit cassatie-beroep uit tegen een beschikking op verzet tegen de uitdelingslijst (Curaçaosch Faillissementsbesluit 1931 en artikel 2 aanhef en sub b Cassatieregeling Nederlandse Antillen en Aruba). Dit was aanvankelijk ook zo in Nederland.¹⁸⁹ Dit is pas in 1925 gewijzigd, maar het Faillissementsbesluit, dat sterk leunt op de Faillissementswet, is onveranderd gebleven. Voor een schuldeiser die niet bij het verzet bij het Hof aanwezig is geweest (en die daarvoor ook niet wordt opgeroepen) staat geen beroep in cassatie open. Dit is in strijd met artikel 6 lid 1 EVRM, althans met elementaire beginselen van behoorlijke procesvoering, meer in het bijzonder met hoor en wederhoor, maar het gaat de rechtsvormende taak van de rechter te buiten hiervoor een oplossing te bedenken. Er zijn verschillende mogelijkheden, die alle nadere regelgeving zouden vereisen en een dergelijke regelgeving dient aan de wetgever voorbehouden te blijven.¹⁹⁰ Zie in die zin ook hetgeen de Hoge Raad heeft geoordeeld met betrekking de vaststelling van het salaris van de curator in een faillissement.¹⁹¹

Hoor en wederhoor bij ontslag curator. Het ontslag van de curator is geregeld in artikel 73 Fw. Dit correspondeert met artikel 319 Fw voor de bewindvoerder in de WSNP. Artikel 85 Fw sluit hoger beroep van desbetreffende beschikkingen nadrukkelijk uit. Over hoger beroep en cassatie van beschikkingen tot ontslag

¹⁸⁶ HR 15 september 2000, NJ 2000, 642.

¹⁸⁷ Rb. Den Haag 18 september 1996, JOR 1996, 106 (Dombo Beheer/Staat), m.nt. S.C.J.J. Kortmann.

¹⁸⁸ HR 16 maart 2007, NJ 2007, 637, m.nt. H.J. Snijders.

¹⁸⁹ Van der Feltz II, p. 247: 'de uitdelingslijst niets anders bevat dan een berekening van het een iedere schuldeiser, overeenkomstig zij bij de verificatie vastgesteld recht toekomt. Het geldt hier een uitsluitend feitelijke kwestie'.

¹⁹⁰ HR 15 april 1994, NJ 1994/522 (Hardeveld q.q./ABN-AMRO Bank).

¹⁹¹ HR 19 januari 1990, NJ 1991, 213 (Medema).

van bewindvoerders in de schuldsaneringsregeling is in de wet niets geregeld.¹⁹² Er bestaat echter geen twijfel over de ontvankelijkheid van een beroep in cassatie bij het ontslag van curatoren, in elk geval niet indien sprake is van vormverzuimen, zoals hoor en wederhoor of anderszins niet aan de eisen van artikel 6 EVRM voor een ‘fair and equal hearing’ is voldaan en dat geldt ook in het geval van ontslag van bewindvoerders.¹⁹³ Indien de curator op grond van artikel 73 Fw wordt ontslagen wordt hij gehoord, althans behoorlijk opgeroepen. Ook de rechter-commissaris wordt gehoord (artikel 65 Fw). Het horen van de schuldenaar zelf is niet voorgeschreven. Dit wordt overgelaten aan het beleid van de rechtbank. Het enkele feit dat een curator inbreuk maakt op de rechten in artikel 6 EVRM brengt daarin geen verandering.¹⁹⁴ De rechtbank beslist in hoogste ressort (artikel 85 Fw).

De toepasselijkheid van artikel 6 EVRM op het ontslag van de curator kwam aan de orde in de zaak *Werner v. Polen*.¹⁹⁵ De curator (Werner) werd ontslagen omdat hij zijn taak niet naar behoren uitvoerde en overigens niet betrouwbaar werd geacht. In zijn hoger beroep tegen deze beslissing werd geoordeeld dat (zoals in Nederland) geen hoger beroep openstond, waartegen een klacht werd gericht. Het EHRM oordeelde dat het recht zijn reputatie hoog te houden en het recht zich voor een gerecht te kunnen verantwoorden, indien daarop een aanval wordt gedaan, een geschil is over een burgerlijk recht. De Poolse regering verweerde zich met de stelling dat de faillissementscurator een ambtenaar is (als onderdeel van de ‘State’s sovereign power’) en daarom in geschillen over zijn rechtspositie geen beroep op artikel 6 EVRM toekwam. Het EHRM volgde dit niet. De curator komt alleen dan geen beroep op artikel 6 EVRM toe indien hij een onderdeel van de ‘State’s sovereign power’ uitoefent. Alleen als daar sprake van is vallen de rechtspositionele geschillen buiten artikel 6 EVRM.¹⁹⁶ Dat de curator deze positie bekleedde kon echter niet worden gezegd. Hier betrof het wel de financiële belangen van de curator en zijn eer en goede naam, hetgeen weer burgerlijke rechten zijn, waarmee artikel 6 EVRM op het ontslag van de curator wordt toegepast. De tweede klacht van de curator betrof de partijdigheid van de rechter (zie hierna par. 4.9.3.).

Hoor en wederhoor bij ongunstige conclusie van het Openbaar Ministerie. Omdat de procedure tot faillietverklaring een burgerlijke zaak in de zin van artikel 6 lid 1 EVRM is, moet de betrokkene kunnen reageren op de voor hem ongunstige conclusie van het Openbaar Ministerie.¹⁹⁷ In Nederland bestond

¹⁹² HR 3 juli 1989, NJ 1989, 770 (na uitvoerig conclusie van A-G Asser).

¹⁹³ HR 27 juni 2003, LJN AF7683.

¹⁹⁴ HR 6 november 1992, NJ 1993, 26.

¹⁹⁵ EHRM 15 november 2001, no. 26760/95 (*Werner v. Polen*).

¹⁹⁶ EHRM 8 december 1999, no. 28541/95 (*Pellegrin v. Frankrijk*).

¹⁹⁷ EHRM 20 februari 1996, no. 19075/91 (*Vermeulen v. België*), FED 1996, nr. 693, m.nt. M.W.C. Feteris.

daarop aanvankelijk geen recht, maar in de zaak J.J. v. Nederland oordeelde het EHRM:

‘Zoals het Hof reeds eerder opmerkte in Vermeulen en Van Orshoven, dient groot belang te worden gehecht aan de eigenlijke rol die leden van dit parket spelen in de procedure, en met name aan de inhoud en het effect van hun oordeel. Dat oordeel bevat een mening die autoriteit geniet vanwege het feit dat het afkomstig is van het parket van de procureur-generaal. Hoewel dit oordeel objectief en juridisch van aard is, is het niettemin bedoeld om de Hoge Raad te adviseren en daarmee te beïnvloeden (par. 42). Gezien de op het spel staande belangen en de aard van het oordeel van de advocaat-generaal meent het Hof dat klagers recht op “adversarial proceedings” in casu is geschonden, nu het voor klager onmogelijk was te reageren op de conclusie van de advocaat-generaal. Schending artikel 6 lid 1.’¹⁹⁸

Hoor en wederhoor bij de vaststelling van het salaris. De vaststelling van het salaris vindt plaats in een zekere anonimiteit. Omdat het salaris de hoogst mogelijke preferente boedelschuld vormt, die als eerste wordt betaald, komt het salaris voor rekening van de gezamenlijke schuldeisers en, zo er na afwikkeling een actief resteert, ten laste van de schuldenaar, waartegen hij geen verweer heeft, zoals hij dat wel heeft tegen niet (geheel) voldane, maar door hem wel betwiste vorderingen van schuldeisers. Vanwege het gangbare systeem van voorschotdeclaraties kan de curator in de regel na elk openbaar verslag een voorschot declaratie indienen en indien dit voorschot is vastgesteld zijn salaris direct uit het aanwezige boedelactief (laten) voldoen. Het definitieve salaris wordt overeenkomstig artikel 71 Fw aan het einde van het faillissement vastgesteld en kan, na verrekening van de voorschotten, worden voldaan. Bij elk openbaar verslag wordt een tijdregistratie over de betreffende periode bijgevoegd, die niet openbaar is.¹⁹⁹ Er is geen inmenging van derden bij de vaststelling van het salaris en de beschikking behoeft in het algemeen ook niet te worden gemotiveerd. Ook al betalen de schuldeisers en de schuldenaar uiteindelijk het salaris, hun rol is beperkt. Zij worden niet, althans behoeven niet te worden, gehoord en kunnen ook geen verzet doen tegen de uitdelingslijst of klagen over de hoogte van het door de rechtbank vastgestelde salaris.²⁰⁰ Het salaris wordt in beginsel niet vastgesteld op een hoger bedrag dan het beschikbaar actief.²⁰¹

De urenverantwoording blijft gesloten voor de schuldenaar en de schuldeisers, tenzij de curator hun vrijwillig inzage verleent. Naar algemeen wordt aangenomen heeft de schuldeiserscommissie wel toegang. Dit wordt gegrond op de ruime bepaling van artikel 76 Fw. Dit artikel geeft aan de commissie een vrij alge-

¹⁹⁸ EHRM 27 maart 1998, no. 21351/93 (J.J. v. Nederland), NJ 1999/110, m.nt. DA onder EHRM 27 maart 1998, no. 21981/93 (K.D.B. v. Nederland), NJ 1999, 111 en EHRM 25 juni 1997, no. 20122/92 (Van Orshoven v. België).

¹⁹⁹ Recofa richtlijn, regel 2.21.

²⁰⁰ Rb. Amsterdam 16 oktober 1936, NJ 1936, p.1061.

²⁰¹ Richtlijnen, nr. 22 sub e; Insolad nieuwsbrief, TvI 2003/5, p. 52, mededeling van het Bestuur over een 25% reductie van het aantal uren in verband met extra coördinatie in complex faillissement.

meen recht om te allen tijde raadpleging van de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers, die op het faillissement betrekking hebben, te vorderen. Daartoe behoren ook de bescheiden van de curator over zijn urenverantwoording.²⁰²

Het salaris van de curator. Het salaris wordt onverminderd het bepaalde in artikel 15 lid 3 Fw (na vernietiging van de faillietverklaring) bij de beëindiging van de procedure door de rechtbank vastgesteld (de artikelen 71 Fw en 320 Fw), na de rechter-commissaris te hebben gehoord (artikelen 65 Fw en 314 Fw). Indien de insolventie wordt beëindigd door de homologatie van een akkoord, dan wordt het salaris in de beschikking die daarop betrekking heeft vastgesteld (artikelen 71 lid 2 en 153 Fw).²⁰³ Na homologatie is er voor de vaststelling van het salaris voor de gewezen curator, noch voor de vaststelling van de faillissementskosten plaats.²⁰⁴ Er bestaat ook geen aanspraak op indien het vonnis tot faillietverklaring geen faillissement tot gevolg heeft, bijvoorbeeld omdat de schuldenaar niet blijkt te bestaan.²⁰⁵ Wordt het faillissement vernietigd na verzet, in hoger beroep of cassatie, dan wordt het salaris vastgesteld door de rechter die de uitspraak doet (artikel 16 lid 2 j° 71 lid 1 Fw). In surseance van betaling is dit neergelegd in artikel 250 Fw. In het Voorontwerp zijn overeenkomstige bepalingen opgenomen, in de artikelen 4.2.16 en 4.2.17.

Men zou verwachten dat met de vaststelling van het salaris van de curator burgerlijke rechten en verplichtingen worden vastgesteld. Het salaris strekt in mindering op het voor de schuldeisers beschikbare actief. Dit gaat daarmee ook over de rechten van de schuldenaar of de rechten van de curator die vaak niets voor zijn werk ontvangt. Dit is echter niet zo. De ECRM heeft daarover wel gezegd dat de procedure die leidt tot de faillietverklaring kan worden beschouwd als een procedure waarbij burgerlijke rechten en verplichtingen worden vastgesteld, omdat de schuldenaar, als gevolg van deze procedure, de beschikingsbevoegdheid over zijn vermogensbestanddelen, die onder het bereik van het faillissement vallen, verliest. Echter, de aanstelling van een curator is slechts een procedureel gevolg van die beslissing. De ECRM is daarom van oordeel dat het salaris van de curator slechts een onderdeel is van de kosten, die voortvloeien uit het ten uitvoer brengen van die beslissing. Het oordeel van de rechter over het salaris geeft slechts een specificatie van deze kosten en dit kan niet worden gezien als een vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen. De Commissie betreft daarbij dat de klager zich bij de rechter-commissaris had kunnen

²⁰² S.C.J.J. Kortmann en R.D. Vriesendorp, 'De commissie uit de schuldeisers en urenverantwoording door de curator', Beantwoording Rechtsvraag, TvI 2002/1, p. 39-40.

²⁰³ Indien dit wordt vergeten moet de beschikking in appel worden vernietigd. HR 28 februari 1924, NJ 1924, 501.

²⁰⁴ HR 11 februari 2000, NJ 2000, 238; JOR 2000, 109.

²⁰⁵ Rb. Den Bosch 26 oktober 1983, NJ 1984, 674.

beklagen en daarmee een beroepsmogelijkheid had tegen een mogelijke arbitraire wijze van vaststelling daarvan.²⁰⁶

Viering meent dat dit ten onrechte is, maar geeft hiervoor geen reden.²⁰⁷ In geval van cassatie in het belang der wet is de vraag aan de orde geweest of de schuldenaar (of zijn raadsman), had moeten worden opgeroepen of worden gehoord, teneinde hem in de gelegenheid te stellen zijn standpunt kenbaar te maken, voordat het salaris van de curator werd vastgesteld. Nu dit niet had plaatsgevonden was naar het oordeel van de A-G de beschikking niet naar de eisen van de wet met redenen omkleed. Omdat bij de vaststelling van het salaris van de curator zwaarwegende belangen van de schuldenaar rechtstreeks betrokken kunnen zijn, brengt, het fundamentele procesrechtelijke beginsel van hoor en wederhoor mee dat over die vaststelling niet wordt beslist nadat de schuldenaar door een behoorlijke oproeping in de gelegenheid is gesteld dienaangaande te worden gehoord. Zo niet reeds op grond van het Nederlandse procesrecht de oproep- en hoorplicht van toepassing is, was het niet horen in elk geval in strijd met artikel 6 EVRM, door de schuldenaar bij de vaststelling van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen niet het recht op een eerlijke behandeling te geven, aldus de A-G. De Hoge Raad volgt hem niet. De beschikking tot vaststelling van het salaris is naar zijn inhoud een administratieve beslissing, die in het kader van de gerechtelijke vereffening van de boedel (of van de vernietiging of opheffing van het faillissement) door de rechter wordt genomen, bij welke beslissingen van ‘partijen’ die moeten worden gehoord geen sprake is. Het lijkt er op dat de Hoge Raad mede afwijzend is door de mogelijke administratieve belasting. Het moge zo zijn dat schuldenaar belang kan hebben om te worden gehoord, maar dat geldt des te meer voor de schuldeisers, omdat het voor uitkering aan schuldeisers beschikbare bedrag in de regel rechtstreeks door de vaststelling van het salaris van de curator en de overige faillissementskosten wordt beïnvloed. Die schuldeisers zouden dan ook moeten worden opgeroepen en gehoord. De Hoge Raad wijst dat echter af en vervolgt:

‘Ook het beroep op artikel 6 EVRM kan niet tot een andere uitkomst leiden. In het midden kan blijven in hoeverre de beschikking tot vaststelling van het salaris er een is waarbij de burgerlijke rechten en verplichtingen van de gefailleerde worden vastgesteld, en (....) mede in verband met het feit dat voor de gefailleerde (anders dan voor de curator) in het stelsel van de Faillissementswet geen beroep tegen de salarisvaststelling openstaat, leidt tot een tekortschieten van de in dit stelsel verankerde regels ten opzichte van de eisen van artikel 6 EVRM. Het gaat immers de rechtsvormende taak van de rechter te buiten om een andere oplossing uit te denken, nu hier verschillende mogelijkheden openstaan, elk van deze mogelijkheden nadere regelgeving zou eisen en het aan de wetgever is om voor de

²⁰⁶ Digest of Strasbourg case-law relating to the European Convention on Human Rights, Volume 2 (article 6) Köln 1984, losbladige aanvulling (part 1) bij 6.1.1.3.13, p. 9.

²⁰⁷ Viering 1994, p. 109; zie ook Dec. Adm. 2 oktober 1984, no. 10781/84 (X v. Nederland).

onderhavige kwestie een oplossing te kiezen, die in het stelsel van de Faillissementswet kan worden ingepast.²⁰⁸

Artikel 6 EVRM is dus wel van toepassing, maar het is aan de wetgever te kiezen voor een regeling die daaraan voldoet.

De beschikking waarbij het salaris wordt vastgesteld wordt gezien als een administratieve beslissing die in het kader van de gerechtelijke vereffening van de boedel of ter gelegenheid van de vernietiging of opheffing van het faillissement door de rechter wordt genomen, bij welke beslissing van partijen, die moeten worden gehoord, geen sprake is.

Hieruit volgt dat de schuldeisers en schuldenaar niet behoeven te worden gehoord alvorens de rechtbank het salaris van de curator vaststelt. De curator moet worden gehoord indien de rechter-commissaris zich niet met zijn salarisvoorstel kan verenigen en een lager salaris vaststelt of indien de rechtbank zich niet kan vinden in het voorstel waarmee de rechter-commissaris reeds heeft ingestemd. Bij surseance van betaling is dit anders. Hier wordt de schuldenaar wel gehoord.²⁰⁹ Indien de rechter-commissaris adviseert de curator een lager salaris toe te kennen dan de curator heeft voorgesteld of de rechtbank anderszins aanleiding ziet om van het voorstel van de curator af te wijken, dient de rechtbank de curator te horen. Dit moet ook indien de rechter-commissaris wel instemt met het salarisvoorstel van de curator, maar de rechtbank niet.²¹⁰ Het Voorontwerp biedt wat het salaris betreft een wijziging ten opzichte van de huidige regeling. In het Voorontwerp hebben belanghebbenden wel de mogelijkheid om te worden gehoord (artikel 4.2.17 lid 3 Voorontwerp).

Het vaststellen van het salaris voor de curator is thans niet het vaststellen van een burgerlijk recht of verplichting. Dit moet mijns inziens worden veranderd, omdat de schuldenaar het salaris uiteindelijk betaalt. Bij de vaststelling van het salaris van de curator kunnen zwaarwegende belangen van de schuldenaar rechtstreeks betrokken zijn. Het fundamentele beginsel van hoor en wederhoor brengt met zich mee dat over die vaststelling niet eerder wordt beslist dan nadat de schuldenaar door een behoorlijk oproeping in de gelegenheid is gesteld dienaangaande te worden gehoord.²¹¹ Het betalen van een geldsom, het salaris van de curator, is een burgerrechtelijke verplichting. Wanneer een geschil bestaat tussen de curator en de schuldenaar is sprake van een geschil ('contestati-

²⁰⁸ HR 19 januari 1990, NJ 1991, 213, m.nt. EAA; zie ook HR 23 februari 2001, JOR 2001, 76 en HR 12 november 1999, JOR 2000/16.

²⁰⁹ Hof Amsterdam, 4 mei 1994, NJ 1949, 491.

²¹⁰ HR 12 november 1999, NJ 2000, 52, m.nt. PvS; JOR 2000, 16; TvI 2000, 3, p. 136 m.nt. Van der Winkel; Voor het vervolg zie Hof Den Haag 25 april 2000, JOR 2000, 179.

²¹¹ Hiervoor is steun te vinden in HR 29 maart 1985, NJ 1986, 242 (m.nt. WHH en LWH).

on/dispute') in de zin van artikel 6 EVRM²¹² Het beginsel van hoor en wederhoor brengt tot uiting het recht van eenieder op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak. Het niet-horen is in strijd met artikel 6 EVRM.

Beroepsmogelijkheid tegen vaststelling salaris. Gedurende het faillissement worden de curator soms voorschotten op het salaris toegekend. In het Voorontwerp is elke salarisvaststelling steeds een definitieve salarisbeschikking. Elke beschikking over het salaris wordt gegeven in hoogste feitelijke instantie (artikel 4.2.17 lid 4 Voorontwerp). Het stelsel van de Faillissementswet brengt mee dat, anders dan voor de curator, voor de schuldenaar geen cassatieberoep tegen de salarisvaststelling openstaat.²¹³ Datzelfde geldt voor de beroepsmogelijkheid. De curator kan in beroep komen tegen de beschikking van de rechter-commissaris.²¹⁴ Indien de rechter de opheffing van het faillissement beveelt en daarbij het salaris van de curator vaststelt (artikel 16 lid 2 Fw), staat er voor de curator echter geen rechtsmiddel open (artikel 16 lid 3 Fw). Hetzelfde geldt indien de rechter een vonnis van faillietverklaring vernietigt en daarbij een salaris bepaalt. In dat geval staat ook geen voorziening open (artikel 15 lid 3 Fw).²¹⁵ Ook de schuldenaar kan tegen de hoogte van het salaris niet in hoger beroep komen.²¹⁶

Het recht op salaris. Er bestaat niet steeds recht op een salaris. Indien de curator een schuldeiser in zijn bezwaren tegen de concept uitdelingslijst niet serieus neemt, zodat deze gedwongen wordt een verzetsprocedure te entameren komt de door de curator daaraan bestede tijd niet voor vergoeding in aanmerking.²¹⁷ Het salaris van de curator wordt in eerste instantie betaald uit het beschikbare actief. Indien er voldoende actief is, komt het salaris feitelijk ten laste van de schuldenaar. Dit is soms een inbreuk op het eigendomsrecht van de schuldenaar (artikel 1 EP EVRM), indien het faillissement wordt vernietigd op een grond die niet aan de schuldenaar valt toe te rekenen. Het salaris kan dan niet ten laste van de schuldenaar worden gebracht.²¹⁸

Als de boedel bij opheffing te gering is om daaruit het salaris en de verschotten van de bewindvoerder te voldoen, dan blijft het tekort niet voor rekening van de bewindvoerder, met de (theoretische) mogelijkheid van later verhaal op de schuldenaar, maar komt dit ten laste van de Staat. Thans is dit reeds het geval

²¹² EHRM 26 juni 1986, no. 8543/79 e.a. (Van Marle e.a. v. Nederland), par. 32; NJ 1987, 581, m.nt. EAA.

²¹³ HR 19 januari 1990, NJ 1991, 213 en HR 12 november 1999, JOR 2000, 16 en HR 23 februari 2001, JOR 2001, 76.

²¹⁴ HR 3 juli 1989, NJ 1989, 770; Adv. bl. 1989, p. 573, e.v.

²¹⁵ Het zou hier steeds gaan om kleine bedragen; zie Kortmann/Faber 1995, p. 39 e.v.

²¹⁶ Salarisvaststelling behoeft in het algemeen niet te worden gemotiveerd, maar soms wel: zie conclusie A-G Asser voor HR 3 juli 1989, NJ 1989, 770.

²¹⁷ Rb. Roermond 28 februari 2007, LJN BA0499.

²¹⁸ EHRM 16 september 2003, no. 38993/97 (Stockholms Försäkrings- och Skadeståndsjuridik AB v. Zweden).

ten aanzien van de publicatiekosten (artikel 16 lid 4 Fw). Er is naar het oordeel van de Commissie Insolventierecht onvoldoende reden om de bewindvoerder te belasten met het risico dat zijn werkzaamheden niet worden vergoed. De Staat behoort op te komen, ook financieel, voor het belang dat insolventieprocedures ordelijk kunnen worden afgewikkeld.

Hoor en wederhoor in een grensoverschrijdende insolventieprocedure. Grensoverschrijdende insolventieprocedures hebben, voor wat betreft de erkenning daarvan, twee aspecten: erkent een buitenlandse staat een Nederlandse procedure of erkent Nederland een buitenlandse procedure. In hoofdlijnen bepaalt de Europese Insolventie Verordening (IVO) dat een insolventieprocedure, die is geopend in één van de lidstaten, automatisch wordt erkend in alle andere lidstaten en daar alle gevolgen heeft die aan de procedure in het land van opening worden toegekend (artikel 16 en 17 IVO). Of een ander land (niet-lidstaat) een Nederlandse insolventieprocedure erkent is ter beoordeling van dat land. Met betrekking tot de grensoverschrijdende gevolgen van een in Nederland uitgesproken insolventieprocedure huldigt Nederland een universalistisch standpunt, waarvoor de basis ligt in artikel 20 Fw.²¹⁹ Of Nederland een buitenlands faillissementsvonnis erkent (uit een niet-lidstaat) wordt beheerst door het *commune Internationalaal Privaat Recht*. Nederland huldigt daarbij een territoriale benadering.²²⁰ In het Voorontwerp wordt (gedeeltelijk) aansluiting gezocht bij de *Uncitral Model Law on Cross-border Insolvency*, waardoor deze procedures hier kunnen worden erkend (Titel 10 Voorontwerp).²²¹

De verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschap en de Europese Unie garanderen een beperkt aantal mensenrechten.²²² Bovendien maken alle fundamentele rechten volgens het Hof van Justitie integraal deel uit van de algemene rechtsbeginselen, waarvan de eerbiediging door het Hof wordt verzekerd.²²³ Sinds het einde van de jaren zeventig van de vorige eeuw heeft de Europese Commissie getracht te komen tot aansluiting van de Europese Gemeenschap bij het EVRM. Het Hof van Justitie was echter van oordeel dat de Gemeenschap bij de huidige stand van het Gemeenschapsrecht niet bevoegd is tot dit verdrag toe te treden.²²⁴ Ter opvulling van het gebrek aan regulering van de grondrechten binnen de Europese Unie, heeft de Europese Commissie een eigen document

²¹⁹ J.C. van Apeldoorn, bewerkt door A.W. de Man, 'De Europese Insolventieverordening', *Praktijkboek Insolventierecht*, deel 10.

²²⁰ HR 2 juni 1967, NJ 1968, 16, m.nt. HB (Hiret/Chiotakis).

²²¹ *Uncitral Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment*, New York, United Nations Publication, 1999.

²²² Rome 1957, in werking getreden in 1957, Trb. 1957, 74. Nederlandse tekst p. 91 (bijv. artikel 7: bestrijding van discriminatie op grond van nationaliteit; artikel 222: eigendomsrecht; artikel 48: het vrije verkeer van personen; artikel 119: gelijke beloning voor arbeid van gelijke waarde).

²²³ H.v.J.v. d. EG., nr 4/73, 14 mei 1974, Nold v. Commissie, Jur 1974, 491; H.v.J. EG 26 juni 1980, National Panasonic (UK) v. Commissie, NJ 1981, 425, m.nt. EAA.

²²⁴ Advies 2/94-Jurispr. 1996, I-1759.

opgesteld met daarin de fundamentele rechten en vrijheden die op communautair niveau geëerbiedigd moeten worden. Met de verdragen van Maastricht en Amsterdam werd de gehechtheid van de Europese Unie aan de grondrechten uitdrukkelijk in de constituerende verdragen opgenomen en tijdens de Europese Top van Nice (7-9 december 2000) werd het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie ²²⁵ (hetgeen een intentieverklaring was) aangenomen. In het voorontwerp tot vaststelling van de Grondwet voor Europa is dit Handvest in Deel II als grondrechtencatalogus opgenomen. De grondrechten zijn daarin ingedeeld in vijf categorieën: waardigheid, vrijheden, gelijkheid, solidariteit, burgerschap en rechtspleging. Het ontwerpverdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa is van de baan.²²⁶ Thans is het wachten op de totstandkoming van het Verdrag van Lissabon. Het Handvest, noch de Europese Grondwet, juridische binding, maar dankzij de rechtspraak van het Hof van Justitie is wel een redelijke bescherming van de fundamentele rechten en vrijheden van de burgers bij het optreden van de Europese Gemeenschap tot stand gebracht.²²⁷ Volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG is de Grondwet ondergeschikt aan het gemeenschapsrecht.²²⁸ Dit betekent dat in de Europese Insolventieverordening de grondrechten uit het EVRM gerespecteerd moeten worden.

Sedert de inwerkingtreding van de Europese Insolventieverordening hebben buitenlandse insolventieprocedures (de procedures genoemd in bijlage A en B bij de verordening) universele werking in elke lidstaat, maar de erkenning kan worden geweigerd. Artikel 26 IVO luidt:

‘Iedere lidstaat kan echter weigeren een in een andere lidstaat geopende insolventieprocedure te erkennen of een in het kader van een dergelijke procedure gegeven beslissing ten uitvoer te leggen indien uit die erkenning of ten uitvoerlegging gevolgen zouden voortvloeien die kennelijk in strijd zijn met de openbare orde van die lidstaat, in het bijzonder met de grondbeginselen daarvan of met de grondwettelijk beschermde rechten en individuele vrijheden.’

In de Parmalat-zaak oordeelde de Ierse rechter dat een reden om de erkenning te weigeren kan zijn dat belangrijke of grote schuldeisers niet waren gehoord voordat het faillissement werd uitgesproken.²²⁹ Het niet horen van deze schuldeisers is in strijd met artikel 6 EVRM. In prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, oordeelde het Hof op vraag 5: of een lidstaat de erkenning van een insolventieprocedure mag weigeren, indien deze erkenning ‘would be manifestly contrary to that State’s public policy, in

²²⁵ Pb EG 2000, C 364/01.

²²⁶ Zowel de Nederlandse als de Franse burgers hebben zich tegen de Europese Grondwet uitgesproken.

²²⁷ Kapteyn-VerLoren van Themaat (2003), p. 353.

²²⁸ H.v.J. EG 5 februari 1963, AAe 1963/64, 12, (Van Gent en Loos); Artikel 93 Gw.

²²⁹ Irish High Court, 23 maart 2004, JOR 2004, 211, m.nt. Veder (Eurofoot/Parmalat).

particular its fundamental principles or the constitutional rights and liberties of the individual’:

‘66. Concerning more particularly the right to be notified of procedural documents and, more generally, the right to be heard, referred to in the referring court’s fifth question, these rights occupy an eminent position in the organisation and conduct of a fair legal process. In the context of insolvency proceedings, the right of creditors or their representatives to participate in accordance with the equality of arms principle is of particular importance. Though the specific detailed rules concerning the right to be heard may vary according to the urgency for a ruling to be given, any restriction on the exercise of that right must be duly justified and surrounded by procedural guarantees ensuring that persons concerned by such proceedings actually have the opportunity to challenge the measures adopted in urgency.

67. In the light of those considerations, the answer to the fifth question must be that, on a proper interpretation of Article 26 of the Regulation, a Member State may refuse to recognise insolvency proceedings opened in another Member State where the decision to open the proceedings was taken in flagrant breach of the fundamental right to be heard, which a person concerned by such proceedings enjoys.’²³⁰

In Nederland wordt alleen de schuldeiser die het faillissement aanvraagt gehoord. Er is geen recht op hoor een wederhoor van (andere, al dan niet) grote schuldeisers. Dit houdt mijns inziens in dat indien een insolventieprocedure wordt geopend van een schuldenaar die internationale verbindingen heeft de (grote) schuldeiser worden opgeroepen om te worden gehoord. Dit geldt dan ook voor een natuurlijke persoon.

In de Yukos-zaak speelde een soortgelijke situatie. De rechtbank Amsterdam oordeelde dat een Russisch faillissementsvonnis en de daarop gebaseerde bevoegdheid van de curator in Nederland niet kan worden aanvaard indien die procedure niet is gevoerd met inachtneming van de beginselen van een behoorlijke procesorde en aldus strijdig is met de Nederlandse openbare orde. De beslissing over een belastingvordering, waarop het faillissement was gestoeld, was niet met hoor en wederhoor (tussen de schuldenaar en de Russische belastingdienst) tot stand gekomen.²³¹ Deze vraag is door Yukos aan het EHRM voorgelegd.²³²

3.6.2 Gelijkheid der wapenen (equality of arms)

Partijen moeten elkaar met gelijke middelen kunnen bestrijden (‘equality of arms’). Dit houdt met name in dat geen onderdelen van het onderzoek worden afgewikkeld waarbij wel de ene maar niet de andere partij aanwezig of verte-

²³⁰ HvJ EG 2 mei 2006, JOR 2006, 224, m.nt. P.M. Veder. (Eurofood).

²³¹ Rb. Amsterdam 31 oktober 2007, JOR 2008, 56, m.nt. Veder (Yukos Finance B.V./Rebgun).

²³² EHRM 20 januari 2009, no. 14902/04 (OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Rusland).

genwoordigd is.²³³ Het begrip wordt uitdrukkelijk genoemd door het Hof van Justitie in de hiervoor genoemde uitspraak in Eurofoods. Omdat partijen kennis moeten kunnen nemen van de stellingen van de ander en daarop moet kunnen reageren, omvat dit tevens het beginsel van ‘hoor en wederhoor’. Ook brengt de ‘equality of arms’ mee, dat partijen gelijkkelijk toegang hebben tot de dossiers en andere processtukken, althans voor zover die een rol spelen bij de oordeelsvorming van de rechter.²³⁴ Het brengt ook mee dat geen recht wordt gedaan op stukken die niet openbaar zijn. Heeft één van de partijen niet op deze stukken kunnen reageren dan worden fundamentele beginselen van behoorlijke rechtspleging geschonden. Uit artikel 6 lid 1 EVRM blijkt dat het vaststellen van de rechten en verplichtingen van partijen bij uitsluiting is voorbehouden aan de rechter en dat:

‘Daarin besloten ligt dat de rechter zich bij die vaststelling niet geheel of in hoofdzaak mag laten leiden door een (deskundigen)rapport dat geheel of ten dele berust op voor die vaststelling wezenlijke gegevens van feitelijke aard welke de deskundigen ook desgevraagd niet hebben willen openbaren en die hij dientengevolge niet zelf heeft kunnen controleren. Het fundamentele beginsel volgens hetwelk een burgerlijk geding op tegenspraak wordt gevoerd – van welk beginsel dat van hoor en wederhoor deel uitmaakt – brengt daarenboven mee dat de rechter zich bij die vaststelling alleen op die gegevens van feitelijke aard mag baseren waarvan partijen de juistheid en de volledigheid hebben kunnen nagaan en ten processe ter discussie hebben kunnen stellen.’²³⁵

Partijen in een procedure moeten gelijke kansen hebben om hun standpunt te verdedigen.²³⁶ Het gaat er daarbij om of ieder der partijen in gelijke mate de gelegenheid heeft gehad om stukken en gegevens te becommentariëren. Is dat niet het geval dan is er geen sprake van hoor en wederhoor. In de zaak Ankerl v. Zwitserland, in aanvulling op de zaak Dombo beheer B.V., oordeelde het EHRM dat het enkele feit dat de echtgenote van een partij in een burgerlijk geschil niet onder ede wordt gehoord, in tegenstelling tot de gevolmachtigde van de wederpartij, niet leidt tot schending van artikel 6 EVRM, omdat door het verschil in behandeling van de getuigen klager niet in een wezenlijk nadeliger positie was gebracht ten opzichte van zijn wederpartij.²³⁷

3.6.3 Motiveringsplicht

De motiveringsplicht berust op artikel 121 Gw. Rechterlijke beslissingen moeten de gronden inhouden waarop zij berusten. Zij moeten worden gemotiveerd. Dit

²³³ EHRM 27 juni 1968, no. 1936/63 (Neumeister v. Oostenrijk).

²³⁴ EHRM 6 oktober 1976, no. 7317/75 (Lynas v. Zwitserland).

²³⁵ HR 18 februari 1994, NJ 1994, 742, m.nt. HJS.

²³⁶ EHRM 27 juni 1968, no. 1936/63 (Neumeister v. Oostenrijk), par. 22; EHRM 29 mei 1986, no. 8562/79 (Feldbrugge v. Nederland), par. 44 en EHRM 17 januari 1970, no. 2689/65 (Delcourt v. België), par. 28.

²³⁷ EHRM 23 oktober 1996, no. 17748/91 (Ankerl v. Zwitserland), NJ 1998, 344, par. 38: ‘a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent.’

wordt herhaald in artikel 5 RO en artikel 30 Rv, artikel 230 Rv (voor vonnissen) en in artikel 287 Rv (via de schakelbepaling) voor beschikkingen. Het beoogt rechterlijke partijdigheid of willekeur tegen te gaan door controle op de besluitvorming.²³⁸ De motivering moet zodanig zijn, dat zij inzicht geeft in de aan haar ten grondslag liggende gedachtegang, dit om de beslissing zowel voor partijen als voor derden controleerbaar en aanvaardbaar te maken.²³⁹ De gestelde sanctie van nietigheid bij overtreding heeft echter niet de bedoeling om buiten het gesloten stelsel van rechtsmiddelen een aparte grond voor aantasting van vonnissen en beschikkingen in het leven te roepen. In de motivering legt de rechter verantwoording af voor de inhoud van zijn beslissing, onder meer door te laten blijken dat hij de essentiële stellingen van partijen in zijn beslissing heeft betrokken. Dit vereist niet een gedetailleerd antwoord op ieder argument.²⁴⁰ De motiveringsplicht is het sluitstuk van achtereenvolgens de verplichting van de rechter om over al hetgeen partijen hebben gevorderd of verzocht te beslissen (artikel 23 Rv) en de verplichting de zaak te onderzoeken en te beslissen op basis van hetgeen partijen aan hun vordering, verzoek of verweer ten grondslag hebben gelegd (artikel 24 Rv).²⁴¹

Aan de motivering worden niet steeds dezelfde eisen gesteld. De eisen hangen af van tal van omstandigheden, zoals de aard van de beslissing of uitspraak, het karakter en de omvang van het tussen partijen gevoerde debat en de mate waarin de beslissing of uitspraak ingrijpt in de rechtstoestand van (een der) partijen. De rechter geeft door zijn motivering allereerst zichzelf rekenschap van zijn beslissing, zodat de motivering in zoverre een waarborg voor de deugdelijkheid van de uitspraak vormt. Voorts legt hij tegenover partijen en de rechtsgemeenschap door zijn motivering verantwoording af van zijn beslissing. Daarnaast geeft de motivering partijen en de hogere rechterlijke instantie inzicht in de gronden waarop de beslissing berust in verband met het aanwenden van rechtsmiddelen tegen de uitspraak en de controlerende taak van de hogere rechter.²⁴² Hierna worden gezien de motiveringsplicht bij:

- het vonnis van faillietverklaring;
- de beschikking van de rechter-commissaris;
- de salarisbeschikking;
- het ontslag van de curator.

Motivering van het vonnis van faillietverklaring. Bij het vonnis tot faillietverklaring worden op zich geen andere eisen aan de motivering gesteld dan bij andere

²³⁸ EHRM 19 april 1994, no. 16034/90 (Van de Hurk v. Nederland), NJ 1995, 463, m.nt. EAA.

²³⁹ Zie bijv. HR 29 juni 2001, 494 en 495; HR 25 oktober 2002, NJ 2003, 171.

²⁴⁰ EHRM 19 april 1994, no. 16034/90 (Van de Hurk v. Nederland), NJ 1995, 463, m.nt. EAA, par 61; EHRM 9 december 1994, no. 18064/91 (Hiro Balini v. Spanje), par. 27-28, NJ 1997, 20, m.nt. EAA onder HR 7 april 1995, NJ 1997, 21.

²⁴¹ Kamerstukken II 1990/2000, 26 855, nr. 3, p. 58.

²⁴² Wesseling-Van Gent 1994, p. 117-118.

rechterlijke beslissingen, omdat ook deze beslissingen diep kunnen insnijden in het persoonlijke leven van de persoon waarop dit vonnis betrekking heeft. De motiveringsplicht vloeit voort uit artikel 6 lid 1 EVRM, maar wordt ook in verband gebracht met artikel 8 EVRM.²⁴³ De motiveringsplicht wordt daarmee geconstrueerd als een element van het recht op het privéleven en het functioneert daarmee als een soort breekijzer. In de rechtspraak is de omvang van de motiveringsplicht van de rechter die de insolventverklaring uitspreekt, nader bepaald. Daarbij wordt steeds gewezen op de (overigens divergerende) uitgangspunten van het ingrijpende karakter van de beslissing en de specifieke aard van de op een spoedige beslissing gerichte procedure waarin slechts summierlijk behoeft te blijken dat aan de wettelijke vereisten voor faillietverklaring is voldaan.²⁴⁴ De standaard formulering voor de insolventverklaring lijkt steeds te zijn:

‘Uitgangspunt moet zijn dat de omvang van de te dezen geldende motiveringsplicht niet alleen daardoor wordt bepaald dat het hier gaat om een beslissing die diep ingrijpt, ook in fundamentele rechten (zoals die ingevolge art. 8 EVRM), maar evenzeer door de specifieke aard van de op een spoedige beslissing gerichte procedure waarin, nu slechts “summierlijk” van het vervuld zijn van de wettelijke eisen voor faillietverklaring behoeft te blijken, aan de rechter grote vrijheid toekomt. Niettemin behoort óók in een dergelijke procedure de beslissing tenminste zodanig te worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de aan haar ten grondslag liggende gedachtegang opdat zij zowel voor partijen als voor derden – in geval van openstaan van een hogere voorziening: de hogere rechter daaronder begrepen – controleerbaar en aanvaardbaar is (HR 4 juni 1993, NJ 1993, 659). Dit laatste brengt mede dat, indien en voor zover degene wiens faillissement wordt aangevraagd, gemotiveerd en relevant verweer heeft gevoerd, maar niettemin in staat van faillissement wordt verklaard, uit het vonnis dan wel uit het, ondanks zijn hoger beroep bevestigende, arrest, gelezen tegen de achtergrond van en in verband met de gedingstukken, ten minste met een redelijke mate van zekerheid moet zijn op te maken dat zijn verweer onder ogen is gezien alsmede op welke grond het is verworpen (vgl. EHRM 9 december 1994, (Hiro Balini v. Spanje)).’²⁴⁵

De motiveringsplicht wordt gemitigeerd door de aanwijzing dat het vonnis of arrest, houdende (bevestiging van) de faillietverklaring, moet worden gelezen tegen de achtergrond van en in verband met de gedingstukken, maar deze eis kan nooit zo ver gaan dat partijen de feiten en omstandigheden zelf uit de gedingstukken zouden moeten kunnen destilleren.²⁴⁶ De motiveringseis is, indien de faillissementsaanvraag wordt afgewezen, in het algemeen niet hoog, althans lager dan bij toewijzing.²⁴⁷

²⁴³ HR 7 april 1995, NJ 1997, 21.

²⁴⁴ Conclusie van A-G Keus voor HR 18 januari 2002, NJ 2002, 146.

²⁴⁵ HR 7 april 1995, NJ 1997, 21 m.nt. EAA; Conclusie A-G Timmerman voor HR 26 augustus 2003, LJN AI0369; zie ook: Conclusie A-G Wesseling-van Gent voor HR 3 september 2004, LJN AP0973.

²⁴⁶ Conclusie van P-G Langemeijer voor HR 1 november 1963, NJ 1964, 150, m.nt. EAA (ook reeds aangehaald door A-G Vranken in zijn conclusie voor het arrest van 24 oktober 1997, NJ 1998, 68).

²⁴⁷ HR 7 september 2001, NJ 2001, 550.

De rechter dient de gronden waarop de beslissing is gebaseerd voldoende duidelijk kenbaar te maken.²⁴⁸ Het EHRM beoordeelt niet of op voldoende adequate wijze op de stellingen van partijen is ingegaan.²⁴⁹ Een ruimere omschrijving van de motiveringsplicht is te lezen in twee arresten tegen Spanje met een gelijklopende overweging:

‘The Court reiterates that Article 6 para. 1 obliges the courts to give reasons for their judgments, but cannot be understood as requiring a detailed answer to every argument (see the *Van de Hurk v. the Netherlands* judgment of 19 April 1994, par. 61). The extent to which this duty to give reasons applies may vary according to the nature of the decision. It is moreover necessary to take into account, inter alia, the diversity of the submissions that a litigant may bring before the courts and the differences existing in the Contracting States with regard to statutory provisions, customary rules, legal opinion and the presentation and drafting of judgments. That is why the question whether a court has failed to fulfil the obligation to state reasons, deriving from Article 6 of the Convention, can only be determined in the light of the circumstances of the case.’²⁵⁰

Voortbouwend op deze Europese rechtspraak gaat de Hoge Raad verder:

‘dat elke rechterlijke beslissing tenminste zodanig moet worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang om de beslissing zowel voor partijen als voor derden – in geval van openstaan van hogere voorziening, de hogere rechter daaronder begrepen – controleerbaar en aanvaardbaar te maken. De motiveringsplicht heeft uitdrukking gevonden in artikel 121 Gw, artikel 20 Wet RO, artikel 59 Rv en artikel 30 (429k) Rv; hoever zij gaat, hangt af van de omstandigheden van het geval.’²⁵¹

De Hoge Raad refereerde in een later gewezen arrest aan zijn hiervoor aangehaalde arrest uit 1993 en aan het *Ruiz Torija*-arrest van het EHRM en oordeelde vervolgens dat een schuldenaar die gemotiveerd en relevant verweer heeft gevoerd, maar niettemin in staat van faillissement is verklaard, ten minste met een redelijke mate van zekerheid uit het vonnis moet kunnen opmaken dat zijn verweer onder ogen is gezien alsmede op welke grond het is verworpen.²⁵² De Hoge Raad lijkt met dit arrest elke twijfel weg te nemen ten aanzien van de motiveringsplicht voor verzoekschriftprocedures, en daarmee faillissementsprocedures,

²⁴⁸ EHRM 16 december 1992, no. 12945/87 (*Hadjianatassiou v. Griekenland*) par. 33: ‘The Contracting States enjoy considerable freedom with the requirements of Article 6. The national courts must, however, indicate with sufficient clarity the grounds on which they based their decision.’

²⁴⁹ EHRM 19 april 1994, no. 16034/90 (*Van de Hurk v. Nederland*), par. 61: ‘Article 6 § 1 obliges courts to give reasons for their decisions, but cannot be understood as requiring a detailed answer to every argument. Nor is the European Court called upon to examine whether arguments are adequately met’.

²⁵⁰ EHRM 9 december 1994, no. 18390/91 (*Ruiz Torija v. Spain*), par. 29; EHRM 9 december 1994, no. 18064/91 (*Hiro Balani v. Spanje*), par. 27, NJ 1997, 20.

²⁵¹ HR 4 juni 1993, NJ 1993, 659, m.nt. DWFV.

²⁵² HR 7 april 1995, NJ 1997, 21, m.nt. EAA.

die niet door artikel 429a e.v. Rv worden bestreken.²⁵³ Een schuldenaar, die door het gerechtshof in staat van faillissement werd verklaard omdat bij de gehouden behandeling, alsmede uit het verslag van de curator, summierlijk was komen vast te staan dat de schuldenaar meer schulden onbetaald liet, terwijl de schuldenaar had aangevoerd dat hij slechts dagelijkse kleine huishoudelijke schulden onbetaald liet, vond geen genade. De Hoge Raad oordeelde dat het arrest van het hof niet met redenen omkleed was. Het Hof had moeten aangeven welke feiten en omstandigheden tot zijn beslissing hadden geleid.²⁵⁴ Ook bij een intrekking van een surseance van betaling en omzetting in faillissement dient de beslissing met redenen omkleed te zijn.²⁵⁵ In een procedure tot faillietverklaring kan de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van de wederpartij worden veroordeeld. Het is evenwel overgelaten aan het inzicht van de rechter die over de feiten oordeelt of voor een veroordeling in de proceskosten aanleiding bestaat.²⁵⁶ Het oordeel dat daartoe geen aanleiding is behoefde geen motivering.²⁵⁷

Motivering van de beschikking van de rechter-commissaris. Indien de curator de rechter-commissaris een machtiging vraagt een overeenkomst niet gestand te doen (artikel 37 Fw), dan kan met een summiere motivering worden volstaan. Hiervoor is in de regel weinig motivering vereist.²⁵⁸

Motivering van de salarisbeschikking. Bij de motivering van de beschikking tot vaststelling van het salaris is dit niet anders. Indien de rechtbank niet afwijkt van de door de curator gespecificeerde salarisopgave en er ook overigens geen geschilpunt bestaat, dan kan van motivering worden afgezien. Zelfs een sobere motivering is dan niet nodig. Maar indien de rechtbank afwijkt en dit kan niet aanstonds aan de hand van de afrekening worden verklaard (bijv. een evidente fout), dan moet de rechter zijn afwijking motiveren. Dit hoeft geen uitgebreide motivering te zijn, maar de curator dient wel inzicht te krijgen in de gedachtegang die tot de afwijking heeft geleid.²⁵⁹

Motivering van de beschikking tot ontslag van de curator. Ten aanzien van de vraag of een beschikking op een (herhaald) verzoek tot ontslag en vervanging van curator moet worden gemotiveerd zegt Van der Grinten in zijn noot dat de Hoge Raad een duidelijk antwoord op deze vraag ontwijkt.²⁶⁰ In de conclusie van de A-G Moltmaker voor dat arrest wordt met zoveel woorden aan de orde gesteld dat het 'zeer wel verdedigbaar' is dat voor een beschikking waarbij een verzoek tot ontslag van een curator wordt toegewezen of afgewezen in het ge-

²⁵³ J. Smits 1996, p. 130.

²⁵⁴ HR 31 augustus 1976, NJ 1977, 173, m.nt. BW.

²⁵⁵ HR 16 mei 1986, NJ 1986, 748, m.nt. G.

²⁵⁶ HR 4 november 1983, NJ 1984, 186.

²⁵⁷ HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 68.

²⁵⁸ HR 26 november 1982, NJ 1983, 442, m.nt. BW.

²⁵⁹ HR 3 juli 1989, NJ 1989, 770 (Vlek q.q.) en HR 25 november 2005, NJ 2006, 518.

²⁶⁰ Van der Grinten in zijn noot onder HR 23 september 1983, NJ 1984, 202.

heel geen motiveringseis geldt, doch dat hij zich van een stellige uitspraak onthoudt. A-G Asser meent dat een dergelijke beschikking gemotiveerd dient te zijn.²⁶¹ Van der Grinten is een andere mening toegedaan omdat de motivering van een beslissing tot afwijzing van het verzoek tot ontslag van de curator, meestal moeilijk te geven zal zijn en achterwege mag blijven, maar dat de zaak anders ligt bij toewijzing van het verzoek, omdat in dat geval de rechter een wijziging aanbrengt in een bestaande situatie. Hij wijst op de in artikel 73 Fw neergelegde verplichting om in dat geval de curator te horen, althans behoorlijk op te roepen en voegt daaraan toe: 'Een beschikking tot ontslag leent zich ook beter voor motivering dan een beschikking tot afwijzing. In redelijkheid kan van een rechter worden gevraagd dat hij een deugdelijk motief geeft waarom naar zijn discretie het ontslag geboden is. In een andere beschikking, tot afwijzing van een verzoek tot vervanging van een faillissementscurator, oordeelde de Hoge Raad dat de aard van de beschikking, die er op neerkomt dat de rechtbank van haar in artikel 73 Fw toegekende discretionaire bevoegdheid geen gebruik heeft gemaakt, meebrengt dat in beginsel met een sobere motivering als door de rechtbank gebezigd: 'dat geen reden aanwezig is de curator te ontslaan, zodat het verzoek behoort te worden afgewezen' kan worden volstaan. Van der Grinten merkt hier op dat dit geen werkelijke motivering is. Met een sobere motivering, 'er zijn geen termen' kan worden volstaan wanneer geen gebruik wordt gemaakt van de discretionaire bevoegdheid tot ontslag van de curator, tenzij de gedingstukken de rechter dwingen tot een nadere motivering.'²⁶²

3.7 Het recht op een openbare behandeling

'Justice must not only be done; it must also be seen to be done'²⁶³ Ten aanzien van de openbaarheid wordt onderscheid gemaakt tussen de behandeling van de zaak en de uitspraak. Artikel 6 EVRM heeft betrekking op zowel de behandelingsfase als de uitspraakfase. Artikel 10 UVRM beperkt zich tot de openbaarheid van de behandeling en artikel 14 IVBPR is gelijkkluidend aan artikel 6 EVRM voor wat betreft de behandeling, maar kent enkele beperkingen ten aanzien van de openbaarheid van de uitspraak, die artikel 6 EVRM niet kent. In de nationale wetgeving is de openbaarheid voor de civiele rechtspraak neergelegd in artikel 121 Gw, artikel 4 lid 1 RO en 27 lid 1 Rv. De openbaarheid van rechtspraak dient zowel het openbare als het particuliere belang. Het beschermt de procespartijen tegen rechtspraak in het geheim, zonder publieke controle en is

²⁶¹ Zie conclusie A-G Asser voor HR 3 juli 1989, NJ 1989, 770.

²⁶² HR 28 juni 1985, NJ 1985, 870.

²⁶³ EHRM 17 januari 1970, no. 2689/65 (Delcourt v. België), par. 3: 'The preceding considerations are of a certain importance which must not be underestimated. If one refers to the dictum "justice must not only be done; it must also be seen to be done" these considerations may allow doubts to arise about the satisfactory nature of the system in dispute. They do not, however, amount to proof of a violation of the right to a fair hearing. Looking behind appearances, the Court does not find the realities of the situation to be in any way in conflict with this right.'

één van de wijzen waarop het vertrouwen in de rechtspraak blijft gehandhaafd. Het draagt bij om dat doel te bereiken, hetgeen een waarborg is van een democratische rechtsstaat.²⁶⁴

De eis van openbare behandeling betreft zowel contentieuze als volontaire procedures. Van dit beginsel mag worden afgeweken, zowel gedurende het gehele proces als een deel daarvan, indien dat door de rechter strikt noodzakelijk wordt geoordeeld en de openbaarheid de belangen van de rechtspraak zou schaden. De openbaarheid van de behandeling betreft ook de uitspraak, terwijl de uitzonderingen op de openbaarheid geen betrekking hebben op de openbaarheid van de uitspraak zelf.²⁶⁵ De openbaarheid betreft zowel vonnissen en arresten als ook beschikkingen.²⁶⁶ Dit is ook zo in onze nationale wetgeving (artikel 121 Gw, 5 lid 1 RO en artikel 28 Rv).

Artikel 6 EVRM geeft recht op een openbare behandeling. De behandeling van de faillissementsaanvraag geschiedt meestal achter gesloten deuren. De vraag is of dit wel rechtmatig is. P-G Berger meende dat een in artikel 6 genoemde uitzondering: de bescherming van het privéleven van partijen deze beperking toelaat. Voor een particuliere schuldenaar lijkt dat juist. Het staat echter nog te bezien of die stelling ook opgaat voor rechtspersonen die failliet dreigen te worden verklaard.²⁶⁷ Inmiddels is wel duidelijk dat de procedure tot faillietverklaring valt onder het bereik van artikel 6 EVRM, maar uitzonderingen zijn mogelijk.²⁶⁸ Dit betekent onder meer dat de bij die procedure betrokken partijen – met name de schuldenaar wiens insolventie is aangevraagd, en de aanvragende schuldeiser – in beginsel recht hebben op een openbare behandeling. Een duidelijke afwijking vormt in dit verband artikel 4 Fw, omdat wordt aangenomen dat de belangen van de schuldenaar wiens faillissement is aangevraagd, zich in het algemeen tegen openbare behandeling zullen verzetten. In verband daarmee vindt – in overeenstemming met artikel 6 lid 1, tweede zin EVRM – de behandeling van een zodanige aanvraag, alsmede van het hoger beroep van afwijzing daarvan, alleen dan in het openbaar plaats, indien één der partijen dat verzoekt en de ander zich daartegen niet op goede gronden verzet. Daarentegen bestaat, wanneer het faillissement eenmaal uitgesproken is, in verband met het bepaalde in artikel 14 Fw, onvoldoende reden om zonder meer ervan uit te gaan dat de

²⁶⁴ Steeds vrijwel gelijklopend: EHRM 8 december 1983, no. 7984/77 (Pretto e.a. v. Italië), par. 21; EHRM 21 februari 1975 (Golder v. Verenigd Koninkrijk) par. 36; EHRM 14 november 1960 (Lawless v. Verenigd Koninkrijk) par. 13; EHRM 8 december 1983, no. 8273/78 (Axen v. Duitsland), par. 25; EHRM 22 februari 1984, no. 8209/78 (Sutter v. Zwitserland), par. 26.

²⁶⁵ EHRM 28 juni 1984, nos. 7819/77 en 7878/77 (Campbell v. Verenigd Koninkrijk), par. 89.

²⁶⁶ EHRM 8 december 1983, no. 8273/78 (Axen v. Duitsland), par. 29: ‘Despite its title in German (“Beschluss” and not “Urteil”), the decision delivered on 8 March 1977 by the 6th Chamber of the Federal Court of Justice constituted a “judgment” for the purposes of Article 6 para. 1.’

²⁶⁷ Noot Alkema onder HR 26 juni 1981, NJ 1982, 450.

²⁶⁸ HR 20 mei 1988, NJ 1989, 676, m.nt. Ma en EAA; Vgl. ook HR 29 oktober 1982, NJ 1983, 567.

belangen van de schuldenaar zich tegen openbare behandeling verzetten. Daarom moet in dat geval de behandeling van verzet of hoger beroep in het openbaar plaatsvinden, tenzij één der partijen behandeling in raadkamer verzoekt en de ander zich daartegen niet op goede gronden verzet. Alkema meent, in zijn noot onder HR 20 mei 1989, NJ 1989, 676, dat de beslissing de deuren te sluiten krachtig gemotiveerd moet worden.²⁶⁹ Het recht op een openbare behandeling is niet slechts voor één partij (i.c. de schuldenaar) geschreven, maar voor alle partijen in het proces. Met openbaarheid kan bovendien het algemeen belang van een goede rechtspleging gediend zijn. Daarbij is denkbaar dat de persoonlijke belangen van een natuurlijke persoon (zijn privéleven) zich eerder verzetten tegen een openbare behandeling dan die van een rechtspersoon.²⁷⁰

In artikel 28 lid 2 Rv zijn (grofweg) alle procedures op het gebied van het personen- en familierecht van openbare behandeling uitgesloten. De achterliggende gedachte van de wetgever bij deze categorale uitsluiting is waarschijnlijk geweest dat in de uitgezonderde gevallen de bescherming van het privéleven van de betrokkenen in het algemeen de voorkeur verdient. Omdat een faillissement van met name een natuurlijke persoon soms met enige minachting wordt bezien en als stigmatiserend wordt ervaren, vindt de behandeling van een faillissement niet in het openbaar plaats. Niet openbaar is een ‘zitting achter gesloten deuren’ of een ‘zitting in raadkamer’. Dit onderscheid is voornamelijk van terminologische aard.²⁷¹

Dit is in het Voorontwerp niet anders geregeld. Het Voorontwerp zegt daarover dat de algemene bepalingen voor burgerlijke zaken, zoals verwoord in de eerste titel van het eerste boek Rv, ook in zaken ingevolge het Voorontwerp van toepassing zijn, zij het niet zonder uitzonderingen. Die uitzonderingen betreffen voornamelijk de gevallen waar het Voorontwerp een afwijkende regeling kent, zoals dat het geval is in titel 10: ‘de internationale bepalingen’. Hier wijken de algemene regels over de rechtsmacht van de Nederlandse rechter voor de EU-Insolventieverordening op grond van het lex-specialisbeginsel. Dit vloeit ook reeds voort uit artikel 1 Rv. Om over de verhouding tussen het insolventieprocesrecht en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering duidelijkheid te verschaffen, is in artikel 1.1.5 lid 1 Voorontwerp als uitgangspunt geformuleerd dat het eerste boek, eerste titel, van dat Wetboek niet van toepassing is, voor zover dit uit het Voorontwerp of uit de aard van de zaken voortvloeit. Deze uitzonderingen zijn beperkt. Voor zover het niet van toepassing zijn voortvloeit uit de ‘aard van de zaken’, is deze toevoeging strikt genomen niet noodzakelijk, omdat de bepaling ‘uit de wet voortvloeit’ ruimer is dan ‘in de wet bepaald’. Niettemin

²⁶⁹ H.S.M. Kruijer, ‘De beslotenheid van belasting- en faillissementsrechtspraak getoetst aan artikel 6 EVRM’, WFR 6733, p. 969-978.

²⁷⁰ EHvJ EG 26 juni 1980, NJ 1981, 425 m.nt. EAA (National Panasonic (UK) Ltd. v. Commissie EG).

²⁷¹ P-G Berger voor HR 26 juni 1982, NJ 1982, 450 en A-G Biegman-Hartogh voor HR 24 september 1982, NJ 1983, 243.

is ter vermindering van iedere onduidelijkheid er de voorkeur aan gegeven uitdrukkelijk vast te leggen dat het ook uit de aard van de insolventieprocedure kan voortvloeien dat bepalingen uit de eerste titel van het eerste boek Rv toepassing missen. De belangen van de schuldenaar, wiens faillissement is aangevraagd, kunnen zich er in het algemeen tegen verzetten dat een zodanige aanvraag in het openbaar wordt behandeld. Dit brengt met zich mee dat een schuldenaar die geen blijk geeft een openbare behandeling op prijs te stellen, zich er vervolgens niet over kan beklagen dat de aanvraag in de raadkamer is behandeld.²⁷² A-G Franx gebruikt in zijn conclusie dezelfde woorden waar het ging over de behandeling van de homologatie van een akkoord en de beschikking, waarbij de homologatie werd geweigerd. Ook die moeten in het openbaar plaatsvinden.²⁷³ Een verschil is dat de Faillissementswet (artikel 155 lid j° artikel 152 lid 1 Fw) openbaarheid van behandeling voorschrijft. Anders dan bij behandeling van een aangifte of verzoek tot faillietverklaring ontbreekt bij de behandeling van een homologatie de optie tussen openbare behandeling waarop partijen krachtens het EVRM recht hebben en de behandeling in raadkamer van de Nederlandse wet. Partijen kunnen bij homologatie geen raadkamerbehandeling verzoeken. De Faillissementswet en het EVRM zijn hiermee in overeenstemming: zij schrijven beide een openbare behandeling voor. Partijen kunnen bij homologatie van een akkoord geen afstand doen van dit recht, maar wel bij de behandeling van de faillissementsaanvraag (artikel 4 Fw).²⁷⁴ De Hoge Raad beperkt de oproepplicht tot 'of de oproep tijdig en overeenkomstig de ter zake geldende voorschriften is gedaan. Dat houdt in dat de rechter kan – maar dan ook moet – nagaan of artikel 6 lid 1 Fw nageleefd is. Deze benadering sluit aan bij de nadere precisering door de EHRM van de eisen, die artikel 6 EVRM met zich meebrengt.'²⁷⁵

3.8 Het recht op afwikkeling van de procedure binnen een redelijke termijn

De redelijke termijn komt op twee plaatsen in het EVRM voor, in artikel 5 lid 3 en in artikel 6 lid 1. Artikel 5 lid 3 EVRM is speciaal opgenomen voor verdachten die zich in preventieve hechtenis bevinden, met name om te voorkomen dat zij te lang in onzekerheid blijven over hun lot. De redelijke termijn in artikel 6 EVRM heeft ruimere gelding en richt zich tot alle partijen in een gerechtelijke procedure met als doel hen te beschermen tegen excessieve vertragingen.²⁷⁶ Smits betoogt dat de redelijke termijn in alle procedures, of ze nu strafrechtelijk,

²⁷² HR 26 juni 1981, NJ 1982, 450, m.nt. Ma en EAA.

²⁷³ HR 2 december 1988 NJ 1989, 301; Polak-Polak 1975, p. 309; Losbl. Fw, artikel 152 Fw.

²⁷⁴ HR 2 december 1988, NJ 1989, 301.

²⁷⁵ Van Dijk-Van Hoof 1986, p. 290.

²⁷⁶ EHRM 10 november 1969, no. 1602/62 (Stögmüller v. Oostenrijk), par. 5: 'On the other hand, there is no confusion between the stipulation in article 5, paragraph (3), and that contained in article 6, paragraph (1). The latter provision applies to all parties to court proceedings and its aim is to protect them against excessive procedural delays; in criminal matters, especially, it is designed to avoid that the person charged should remain too long in a state of uncertainty about his fate.'

administratief of civiel zijn, dezelfde functie vervult, namelijk het tegengaan van excessieve procedurele vertragingen, maar dat dit niet inhoudt dat de redelijke termijn in elke procedure dezelfde inhoud heeft.²⁷⁷ In een burgerlijk proces is immers de ‘proceshandelingsvrijheid’ van partijen – gebaseerd op de partij autonomie – groter dan in de andere procedures, en daarmee ook hun invloed op het procesverloop. Voorts kunnen in het civiele recht uit de aard der zaken niet dezelfde sancties aan overschrijding van de redelijke termijn verbonden worden als in het strafrecht of het belastingboeterecht. Het grote verschil tussen het civiele proces en de andere processen is erin gelegen dat de in artikel 6 EVRM neergelegde norm zich in beginsel richt tot de overheden en daarmee tot de (‘vervolgende’) bestuursorganen en de rechters (de zogenoemde verticale werking van de redelijke termijn eis), terwijl het in civiele procedures - anders dan in andere procedures - om horizontale verhoudingen (tussen burgers) gaat.²⁷⁸ Wel is de staat verantwoordelijk voor een goed functionerende rechterlijke organisatie om horizontale geschillen te beslechten. Bij nalatigheid op dit punt is de staat aansprakelijk. Dit geldt ook voor de rol van de rechters in civiele procedures. Zij, en daarmee ook de rechter-commissaris in een insolventieprocedure, dienen erop toe te zien dat met de procedure voldoende voortgang wordt gemaakt.²⁷⁹

Volgens vaste jurisprudentie van het EVRM hebben de verdragsstaten op grond van artikel 6 EVRM de plicht hun rechtssysteem zo in te richten dat een definitieve beslissing omtrent de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen binnen een redelijke termijn kan worden gegeven.²⁸⁰ Daarvoor moeten de benodigde middelen ter beschikking worden gesteld: adequate wetgeving, voldoende rechters en ondersteuning, etc. Indien de partijen in een geding zelf zeggenschap over de voortgang van de procedure hebben ontslaat dit de rechter niet van de verplichting erop toe te zien dat aan de redelijk termijnseis wordt voldaan.²⁸¹ Ook de partijen zelf hebben in hun horizontale verhouding de verplichting hieraan mee te werken.

Het recht dat de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen binnen een redelijke termijn plaatsvindt komt niet voor in artikel 14 IVBPR. De noodzaak tot voortgang van de procedure wordt in verhoudingen tussen burgers kennelijk minder als een fundamentele kwestie gezien dan in verhoudingen tussen

²⁷⁷ P. Smits 1996, p. 189 e.v.

²⁷⁸ Zie HR 29 juni 1991, NJ 1990, 337, m.nt. EEA. A-G Asser in zijn conclusie onder 3.2: Het eerste lid van artikel 6 legt een verplichting op de verdragsstaten. ‘Deze verplichting geldt tegenover elk van degenen wier burgerlijke rechten en verplichtingen inzet zijn van een burgerlijk geding of een daarmee op een lijn te stellen procedure (...) maar laat hun onderlinge rechtsverhouding onberoerd. Op de vraag hoe hun rechtsstrijd moet worden beslist, heeft de bepaling dan ook geen invloed.’

²⁷⁹ EHRM 8 februari 1996 (A. v. Denemarken), NJ 1997, 286, par. 86.

²⁸⁰ Jansen 2000,

²⁸¹ EHRM 25 juni 1987, no. 9381/81 (Capuano v. Italië), NJ 1990, 231 m.nt. EAA; EHRM 26 februari 1998, no. 20323/92 (Pafitis v. Griekenland) NJ 1999, 109, m.nt D.Asser.

de burger en de overheid. Op grond van artikel 13 EVRM moet aan partijen een effectief rechtsmiddel ter beschikking staan om op te kunnen komen tegen een overschrijding van de redelijke termijn.²⁸²

In de Nederlandse wetgeving is bepaald dat: ‘de rechter waakt voor onredelijke vertraging van de procedure en treft, zo nodig, op verzoek van een partij of ambtshalve maatregelen’ (artikel 20 lid 1 Rv). De aangifte tot faillietverklaring wordt met de meeste spoed behandeld (artikel 4 Fw). Dit heeft horizontale werking omdat partijen tegenover elkaar verplicht zijn onredelijke vertraging in de procedure te voorkomen (artikel 20 lid 2 Rv). Over de wijze waarop een (civiele) procedure met een zekere voortvarendheid wordt afgewikkeld zijn, zowel in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering,²⁸³ als in het Landelijk reglement voor de civiele rol van de kantonsectoren, bepalingen opgenomen die beogen de duur van de procedure te beperken of de doelmatigheid van de procedure te bevorderen.²⁸⁴ Of de nationale regelgeving dit op juiste wijze doet wordt beoordeeld in het concrete geval.²⁸⁵ Wordt een schending geconstateerd dan is het aan de betreffende staat om de structuur en organisatie aan te passen.²⁸⁶ De redelijke termijn heeft betrekking op de duur van de gehele procedure (eerste aanleg, hoger beroep en cassatie).²⁸⁷ Er is ook rechtspraak die in aansluiting daarop de executie- of schadestaatprocedure binnen de redelijke termijn meenemen.²⁸⁸ De termijn begint in de regel te lopen op het tijdstip dat de procedure, waarin burgerlijke rechten en verplichtingen worden vastgesteld, een aanvang neemt: ‘the

²⁸² EHRM 26 oktober 2000, no. 30210/96 (Kudla v. Polen), NJ 2001, 594, m.nt. EAA; zie ook T. Barkhuysen en A.M.L. Jansen, ‘Rechtsmiddelen tegen rechterlijke en bestuurlijke traagheid’, NJB 2002, p. 841.

²⁸³ Zoals: Comparitie na Conclusie van Antwoord; concentratie van verweermiddelen; verzet tegen de vermeerdering van eis indien de procedure daardoor wordt vertraagd. geen conclusies na dupliek, procederen op verkorte termijn (zonder repliek en dupliek), regels ten aanzien van bewijs.

²⁸⁴ Uitgave van de Raad voor de Rechtspraak. Staatscourant 19 juni 2003, nr. 115, p. 27.

²⁸⁵ A-G Franx in zijn conclusie voor HR 15 april 1988, NJ 1988, 752: ‘De eis van de redelijke termijn onderscheidt zich van (andere) waarborgeisen van artikel 6 lid 1 daarin, dat die (andere) waarborgen onafhankelijk zijn van een concreet geval (wel of niet) in het objectieve recht besloten liggen. Of aan de eis van hoor en wederhoor, de eis van toegang tot een onafhankelijke rechter, enz., is voldaan blijkt rechtstreeks uit het objectieve recht zelf. Of aan de eis van een redelijke termijn is voldaan, laat zich in beginsel slechts beoordelen aan de hand van een concreet geval.’

²⁸⁶ Zie ook EHRM 28 juni 1978, no. 6232/73 (Konig v. Duitsland), par. 100, NJ 1980, 54.

²⁸⁷ EHRM 29 mei 1986, no. 9384/81 (Deumeland v. Duitsland), par. 77: ‘As far as the close of the period is concerned, the “time” whose reasonableness is to be reviewed covers in principle the entirety of the litigation, including the appeal proceedings.’; EHRM 23 april 1987, no. 9816/82 (Poiss v. Oostenrijk), voegt daaraan toe in par. 50: ‘accordingly extents right up to the decision which disposes of the dispute.’

²⁸⁸ EHRM 23 maart 1994, no. 14940/89 (Silva Pontes v. Portugal), par. 30-33, NJ 1994, 506, m.nt. EAA; EHRM 26 oktober 1988, no. 11371/85 (Martins Moreira SA v. Portugal), par. 44 (wel enforcement proceedings) en EHRM 7 juli 1989, no. 11681/85 (Unión Alimentaria Sanders v. Spanje), par. 30.

date on which the action was instituted.²⁸⁹ Omdat artikel 6 EVRM zich tot de (recht)sprekende overheid richt en niet tot de burgers onderling, begint de procedure te lopen op het moment dat de rechter van de zaak kan kennisnemen. Het is soms niet geheel duidelijk wanneer de procedure van start gaat indien er een ‘voorprocedure’ aan vooraf gaat. Een voorprocedure is te vinden in het bestuursrecht (de bezwaarschriftfase), maar ook in de WSNP. Bij het verzoek de toepassing van de schuldsaneringsregeling uit te spreken moet door de schuldenaar in het verzoekschrift of in een bijlage worden opgenomen een met reden omklede verklaring dat er geen reële mogelijkheden zijn om tot een buitengerechtelijke schuldsanering te komen (artikel 285 lid 1 onder e Fw). In de Memorie van Toelichting op ‘de novelle’, waarbij deze bepaling is ingevoerd, schrijft de Minister van Justitie dat uitgangspunt blijft, dat een buitengerechtelijke schuldsanering de voorkeur verdient boven een wettelijke schuldsanering. Om te bewerkstelligen dat gemeentelijke kredietbanken, schuldhulporganisaties of soortgelijke instellingen worden ingeschakeld voordat een beroep op de regeling wordt gedaan, moet de hiervoor bedoelde verklaring van zo’n instelling worden overgelegd. Zonder een verklaring dat de schuldenaar tevergeefs pogingen heeft ondernomen om met zijn schuldeisers tot een minnelijk vergelijk te komen kan de schuldsaneringsregeling zelfs niet definitief van toepassing worden verklaard. Daarmede wordt deze termijn mijns inziens onderdeel van de procedure.

3.8.1 Wat is een redelijke termijn?

In de civiele procedure geldt het beginsel van de partij autonomie. De partijen bepalen (tot op zekere hoogte) zelf het proces. Dit neemt niet weg dat op partijen en de zorgvuldigheidsplicht rust om de procedure zo vlot mogelijk te laten verlopen.²⁹⁰ Deze plicht gaat verder dan het voorkomen of tegengaan van onnodige vertragingen, maar verplicht partijen tot het bevorderen van spoedig doorprocederen. Vertragingstactieken worden niet getolereerd.²⁹¹ Daar staat tegenover dat ieder der partijen zijn procedurele bevoegdheden ten volle mag benutten, zolang van die bevoegdheden geen misbruik wordt gemaakt en het beginsel van de proceseconomie niet in het gedrang komt.²⁹² Het is op zich begrijpelijk dat het Hof en de Commissie zich niet in absolute zin uitlaten over de redelijkheid van termijnen indien het gaat om de vaststelling van rechten en verplichtingen. Dat zal van geval tot geval verschillend zijn en is afhankelijk van tal van factoren. Een vertraging in afzonderlijke onderdelen van een procedure kan nog wel ac-

²⁸⁹ EHRM 10 juli 1984, no. 8990/80 (Guincho v. Portugal), par. 29.

²⁹⁰ EHRM 8 december 1983, no. 7984/77 (Pretto e.a. v. Italië), par. 33; (Deumeland v. Duitsland), par. 80; EHRM 25 juni 1987, no. 9381/81 (Capuano v. Italië) par. 27, NJ 1990, 231; EHRM 7 juli 1989, no. 11681/85 (Unión Alimentaria Sanders SA v. Spanje), par. 35.

²⁹¹ EHRM 23 april 1987 (Lechner en Hess v. Oostenrijk), par. 45-46 en ECRM in deze zaak, par. 82.

²⁹² EHRM 23 april 1987, no. 9816/82 (Poiss v. Oostenrijk), par. 57 en ECRM in dezelfde zaak, par. 98; Opinie ECRM 13 november 1987, no. 11118/84 (Bock v. Duitsland), par. 86.

ceptabel zijn, zolang de gehele duur van de procedure maar niet excessief lang is.²⁹³ Er zal steeds een belangenafweging plaatsvinden tussen enerzijds de belangen en posities van de betrokken partij(en) bij een spoedige uitspraak en anderzijds de eisen van een zorgvuldig onderzoek en een goede procesorde.²⁹⁴

De lange duur van procedures betreffende het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen en de gegrondheid van een ingestelde vervolging vormen een aanzienlijk deel van de werklast van het EHRM. De zorg die het Comité van Ministers op grond van artikel 46 lid 2 EVRM hierover uitspreekt zijn in veel resoluties te lezen.²⁹⁵ Indien een klacht de duur van een insolventieprocedure betreft dan gaat het vaak niet alleen over schending van artikel 6 EVRM, maar ook over een te lange inbreuk op het privéleven (artikel 8 EVRM), een te lange inbreuk op het recht zich vrij te verplaatsen (artikel 2 Vierde Protocol EVRM en een te lange duur van de inbreuk op het eigendomsrecht (artikel 1 EP EVRM).²⁹⁶ In resolutie CM/ResDH (2007)27 over 30 zaken tegen Italië, waarin een aantal insolventiezaken is opgenomen betreffende diverse schendingen gaat over de problemen in Italië om insolventieprocedures alsnog af te ronden, zelfs nadat het Hof reeds had geoordeeld dat de redelijke termijn was overschreden, zoals in de zaak S.C., V.P., F.C., M.C. en E.C.²⁹⁷ Hierin werd gezegd: ‘Invites the authorities (of Italy) to bring an end as soon as possible to the 14-years-old proceedings and to erase thus all remaining effects of the violations found by the European Court.’ In insolventieprocedures gaat het niet alleen om de duur van de afwikkeling maar ook om de duur van de diverse procedures die tijdens de procedure zelf worden gevoerd. Dit komt dan bijvoorbeeld omdat procedures worden geschorst en pas worden voortgezet na de verificatie,²⁹⁸ of worden geschorst en niet (tijdig) worden voortgezet.²⁹⁹ Het volgende vindt vaak plaats: de klager stelt een vordering in tegen een partij, die na verloop van tijd failliet gaat. De procedure wordt geschorst. De curator betwist de vordering, maar de klager moet

²⁹³ Zie bijv. EHRM 23 april 1987, no. 9616/81 (Erkner en Hofauer v. Oostenrijk), par. 69: ‘It may be that none of the various stages is unordinately long, but their combined length is certainly excessive.’; EHRM 27 juni 2000, no. 32842/96 (Nuutinen v. Finland) par. 110: ‘A delay at some stage may be tolerated if the overall duration of the proceedings cannot be deemed excessive.’

²⁹⁴ EHRM 28 juni 1990, no. 11761/85 (Obermeier v. Oostenrijk), par. 72; EHRM 6 mei 1981, no. 7759/77 (Buchholz v. Duitsland) par. 49, NJ 1987, 827 m.nt. P. van Dijk. Dit is het eerste arrest waarin het EHRM een oordeel geeft over de lengte van de procesgang in een andere dan een strafrechtelijke of administratiefrechtelijke procedure.

²⁹⁵ Bijvoorbeeld Resolution ResDH(2005)663 over 53 zaken tegen Frankrijk; en Interim Resolution CM/Res CM/ResDH(2008)1 over 232 zaken tegen Ukraïne en Interim Resolution CM/ResDH(2007)27 over 30 zaken tegen Italië.

²⁹⁶ EHRM 13 oktober 1993, no. 17208/90 (Hannak v. Oostenrijk).

²⁹⁷ EHRM 6 november 2003, no. 52985/99 (S.C., V.P., F.C., M.C. en E.C. v. Italië).

²⁹⁸ EHRM 24 januari 2006, no. 75888/01 (Kreuz v. Polen (no. 3)).

²⁹⁹ EHRM 19 juni 2006, no. 22174/02 e.a. (Arsenić v. Slowakije) in welke zaak een vergoeding werd toegekend terwijl deze nog steeds aan de gang waren. Zie ook EHRM 12 december 2006, no. 65422/01 (Bobál v. Slowakije); EHRM 18 juli 2006, no. 1125/02 (Ratajczyk v. Polen) en EHRM 8 april 2003, no. 43657/98 (Lévai en Nagy v. Hongarije).

wachten totdat hij zijn vordering ter verificatie kan indienen. De curator betwist de vorderingen en deze wordt vervolgens verwezen naar de renvooiprocedure. Als de klager wint moet hij wachten totdat het faillissement tot uitdeling komt. Deze gehele termijn telt mee.³⁰⁰ De duur van de procedure omvat mede een eventuele schadestaat, getuigenverhoor, hogere voorzieningen, executie en deskundigenbericht.³⁰¹ In insolventieprocedures blijkt dat de lange termijn van één en ander vaak wordt veroorzaakt doordat de civiele procedures worden geschorst. Reden te meer om alle schuldeisers zo spoedig mogelijk duidelijkheid te verschaffen over hun positie en reeds daarom moet artikel 108 Fw strikt worden nageleefd. Indien een renvooiprocedure noodzakelijk is, moet deze zo spoedig mogelijk kunnen beginnen. Een vertraging in de afwikkeling van vorderingen in de insolventieprocedure is vaak de oorzaak van overschrijding van de redelijke termijn.³⁰² In civiele procedures bestaat partijautonomie, maar in insolventieprocedures niet, althans in veel mindere mate. Ook hier is niet te bepalen binnen welke periode een (eenvoudig of standaard) faillissement moet worden afgewikkeld. In de zaak *G.J. v. Luxemburg* was zes jaar in elk geval te lang en aanleiding voor het toekennen van een genoegdoening. Speciale aandacht op de snelheid van afwikkeling verdient een faillissement waarbij werknemersbelangen zijn betrokken.³⁰³

3.8.2 De criteria

In de zaak *Silva Pontes v. Portugal*³⁰⁴ herhaalde het EHRM zijn reeds eerder verwoorde standpunten dat bij de beoordeling van de vraag of de redelijke termijn is overschreden, in het bijzonder moet worden gelet op:

- de ingewikkeldheid van de zaak;
- het gedrag van de belanghebbende;
- het gedrag van de autoriteiten;
- het belang van de zaak voor de belanghebbende.³⁰⁵

In par. 11 van het BBBB 1998 wordt aangegeven dat bij de beoordeling van de vraag of de redelijke termijn is overschreden ondermeer moet worden gelet op de ingewikkeldheid van de zaak, het processuele gedrag van belanghebbende en

³⁰⁰ EHRM 26 oktober 1988, no. 11371/85 *Martins Moreira v. Portugal*). Zie ook: EHRM 27 februari 1992, no. 12088/86 (*Idrocalce s.r.l. v Italië*).

³⁰¹ EHRM 20 juli 2004, no. 46002/99 (*Wrobel v. Polen*), par. 66: ‘The Court would recall that the principal responsibility for the delay due to the expert opinions rests ultimately with the State.’ Zie ook EHRM 25 Juni 1987 (*Capuano v. Italië*), par. 32 en EHRM 21 september 2000, no. 33082/96 (*Wojnowicz v. Polen*), par. 65.

³⁰² EHRM 8 januari 2009, no. 15592/03 (*Dudičová v. Slowakije*).

³⁰³ EHRM 27 februari 1992, no. 12460/86 (*Ruotolo v. Italië*).

³⁰⁴ EHRM 23 maart 1994, no. 14940/89 (*Silva Pontes v. Portugal*), NJ 1999, 506, m.nt. EAA, par. 39.

³⁰⁵ Zie bijv. EHRM 31 maart 1992, no. 18020/91 (*X. v. Frankrijk*), par. 32, en EHRM 23 oktober 1990, no. 11296/84 (*Moreira de Azevedo v. Portugal*), par. 71.

de wijze waarop de zaak door de Belastingdienst is behandeld. Dit is vele malen door het EHRM herhaald.³⁰⁶

Ingewikkeldheid van de zaak. Uit de jurisprudentie van het EHRM kan worden afgeleid dat het criterium ‘ingewikkeldheid van de zaak’ toeziet op diverse feitelijke omstandigheden, zoals het aantal belanghebbenden/verdachten, het karakter van de vast te stellen feiten, de moeizaamheid van het achterhalen van de relevante feiten, de samenhang met andere zaken/verdachten, en het karakter van de te beantwoorden rechtsvragen.³⁰⁷ De ingewikkeldheid van een zaak kan gelegen zijn in tal van omstandigheden: de zaak kan bijvoorbeeld juridisch of processueel ingewikkeld zijn, waardoor vertragingen kunnen ontstaan. De Europese rechtspraak op dit punt is casuïstisch. In zijn algemeenheid levert de ingewikkeldheid geen rechtvaardiging op voor overschrijding van de redelijke termijn. Het is daarbij ook vaak moeilijk om te bepalen wat nu precies de reden voor de vertraging is, de juridische of processuele ingewikkeldheid of de – bewust of onbewust – op vertraging van het geding gerichte houding van de procespartijen.³⁰⁸

Het gedrag van de belanghebbende. Alleen vertragingen die aan de Staat zijn toe te schrijven kunnen reden zijn om schending van de redelijke termijn aan te nemen. Indien de belanghebbende zelf onnodige vertraging veroorzaakt, dient die vertraging mitsdien buiten beschouwing te blijven.³⁰⁹

Het gedrag van de autoriteiten, inclusief de rechterlijke autoriteiten. Een overbelasting van het rechterlijke apparaat kan niet worden aangevoerd als rechtvaardiging voor een (te) lange behandelingsduur. Het is vaste jurisprudentie van het EHRM dat artikel 6 lid 1 EVRM de Staten van de Raad van Europa de verplichting oplegt om hun rechtssysteem zó in te richten dat de rechter in staat is procedures binnen redelijke termijn te behandelen.³¹⁰ Een uitzondering geldt slechts dan indien sprake is van een onvoorziene incidentele toevloed van zaken.³¹¹ De eis dat rechten en verplichtingen binnen een redelijke termijn worden vastgesteld richt zich in beginsel tot de overheid. De organisatie van de rechtspleging moet op zodanige wijze zijn ingericht dat aan deze eis kan worden voldaan.³¹² Een tijdelijke overbelasting van het gerecht doet op zich geen aansprakelijkheid van de overheid ontstaan, zolang met voortvarendheid aan een oplos-

³⁰⁶ Zie bijv. EHRM 27 juni 2000, no. 30979/96 (Frydlender v. Frankrijk), par. 43.

³⁰⁷ Zie bijvoorbeeld EHRM 7 juli 1989, no. 11681/85 (Unión Alimentaria Sanders S.A. v. Spanje), par. 32 en EHRM 27 oktober 1994, no. 12539/86 (Katte Klitsche de la Grange v. Italië), par. 62.

³⁰⁸ P. Smits 1996, p. 207.

³⁰⁹ EHRM 20 februari 1991, no. 11889/85 (Vernillo v. Frankrijk), par. 13.

³¹⁰ EHRM 9 december 1994, no. 19005/91 e.a. (Schouten en Meldrum v. Nederland), par. 67, BNB 1995/113, m.nt. Feteris.

³¹¹ EHRM 6 mei 1981, no. 7759/77 (Buchholz v. Duitsland), NJ 1987, 827, par. 50-51.

³¹² EHRM 7 juli 1989, no. 11681/85 (Union Alimentaria S.A. v. Spanje), par. 38.

sing wordt gewerkt.³¹³ Vertraging door inferieure professionele kwaliteit van de rechter³¹⁴ of regelmatige wisseling van de rechter die op de zaak zit wordt niet aanvaard.³¹⁵

Het belang van de zaak voor de belanghebbenden. Dat een zaak zo spoedig mogelijk wordt afgewikkeld lijkt vanzelfsprekend. Het is in het algemeen belang en het draagt bij aan het respect voor de rechtspleging. Of, zoals het EHRM oordeelde:

‘The Court wishes to reaffirm the importance of administering justice without delays which might jeopardise its effectiveness and credibility (Katte Klitsche de la Grange v. Italy, judgment of 27 October 1994, par. 61). It points out, moreover, that the Committee of Ministers of the Council of Europe, in its Resolution DH (97) 336 of 11 July 1997 (Length of civil proceedings in Italy: supplementary measures of a general character), considered that “excessive delays in the administration of justice constitute an important danger, in particular for the respect of the rule of law”.’³¹⁶

Een onredelijk langdurig proces legt vaak een psychische last op de schouders van zowel een natuurlijke persoon als degene die voor een rechtspersoon in rechte optreden. Het kan voor beide groeperingen in (bedrijfs)economisch of in maatschappelijk opzicht, nadelige gevolgen hebben. De ernst en de gevolgen van de overschrijding moeten op basis van een individuele beoordeling van de omstandigheden worden gemaakt. Die omstandigheden zijn voor een natuurlijke persoon anders dan voor een multinational, zodat ook de ‘genoegdoening’ voor vertraging verschilt, hoezeer zij ook beide recht hebben op een voortvarende berechting.³¹⁷

3.8.3 Redelijke termijn in faillissement

Een faillissement (de verkoop van de activa en verdeling van de opbrengst onder de schuldeisers) moet binnen redelijke termijn worden afgewikkeld. Dit is niet alleen van belang voor artikel 6 EVRM, maar ook artikel 8 en artikel 1 EP EVRM. De beschikkingsonbevoegdheid, en de postblokkade blijven vaak onnodig lang voortduren. Hier wordt gewezen op de zaak G.J. v. Luxemburg.³¹⁸ De klacht van G.J. (de bestuurder/aandeelhouder van een rechtspersoon) betrof de lengte van de insolventieprocedure van een vennootschap waarin hij 90% van de aandelen hield. De vraag was of de procedure binnen een redelijke termijn was

³¹³ EHRM 13 juli 1983, no. 8737/79 (Zimmerman en Steiner v. Zwitserland), par. 29; EHRM 29 mei 1986, no. 9384/81 (Deumeland v. Duitsland), par. 100.

³¹⁴ Opinie ECRM opgenomen in EHRM 10 juli 1984, no. 8990/80 (Guincho v. Portugal), par. 38.

³¹⁵ EHRM 23 april 1987, no. 9316/81 (Lechner en Hess v. Oostenrijk), par 58; EHRM 26 februari 1993, no. 12775/87 (De Micheli v. Italië), par. 20.

³¹⁶ EHRM 28 juli 1999, nr. 33440/96 (Ferrari v. Italië), NJCM 1999, 975.

³¹⁷ HR 1 juni 1993, NJ 1994, 52.

³¹⁸ EHRM 26 oktober 2000, no. 21156/93 (G.J. v. Luxemburg).

afgewikkeld. De staat Luxemburg verweerde zich met het argument dat de zaak complex was, dat G.J. zelf aan de trage afwikkeling had bijgedragen en dat, onder de omstandigheden van het geval, de betrokken personen (de curator en het gerecht) voortvarend hadden gehandeld. Het verweer mocht het EHRM echter niet overtuigen. Het Hof oordeelde dat de 49 vorderingen binnen twee jaar na de opening van de procedure waren ingediend; alle verplichtingen ongeveer 33 miljoen LUF bedroegen en maar 2,5 miljoen LUF ter verdeling beschikbaar was en dat alle procedures binnen vier jaar waren beëindigd, waarna duidelijk was dat slechts enkele schuldeisers een uitkering zouden ontvangen. Er kon niet van een bijzonder ingewikkelde insolventieprocedure worden gesproken. Omdat Luxemburg ook niet kon aantonen dat G.J. zelf aan de vertraging had bijgedragen en onduidelijk bleef waarom curator en rechtbank de procedure niet meer voortvarend hadden kunnen afwickelen, kwam het Hof tot de conclusie dat, alle omstandigheden in aanmerking genomen, met een duur van zes jaar voor de behandeling van het faillissement, de redelijke termijn van artikel 6 lid 1 EVRM was overschreden.³¹⁹ Ingevolge artikel 41 EVRM kende het Hof aan G.J. een billijke vergoeding toe. Ook de Hoge Raad heeft zich over duur van een faillissement uitgelaten toen werd geoordeeld dat voor een faillissement van een natuurlijke persoon dat acht jaar liep, mede gezien ingrijpende gevolgen, erg lang was en dat daarbij dan niet alleen artikel 6 EVRM maar wellicht ook artikel 8 EVRM in beeld komen.³²⁰

In 2003 lieten de rechters-commissarissen van de rechtbank Amsterdam de curatoren in dat arrondissement schriftelijk weten dat door een structurele onderbezetting grote vertragingen bij de afhandeling van faillissementen was ontstaan. Rekening houdend met de bezuinigingsmaatregelen die de rechtbank diende te nemen zou de onderbezetting niet worden opgeheven, met als gevolg dat brieven en verzoeken mogelijk niet binnen een aanvaardbare termijn zouden worden behandeld. Kortmann spreekt in een Forum-bijdrage in het Tijdschrift voor Insolventierecht zijn afkeuring over de (inmiddels herstelde) situatie in Amsterdam uit, maar noemt het EVRM niet.³²¹ In het algemeen bestaat bij velen het gevoel dat faillissementen niet altijd met bekwame spoed worden afgewikkeld. Een toename van de werklast is er bij meer rechtbanken.³²² Zo schreef de rechtbank Rotterdam op enig moment aan een schuldenaar, die toelating tot de WSNP vroeg: ‘Vanwege de enorme hoeveelheid ingediende verzoekschriften is sprake van een wachttijd. U dient er rekening mee te houden dat uw verzoek op

³¹⁹ Het is aan de vaste rechtspraak van het EHRM dat alleen tot schending van de redelijke termijn kan worden geconcludeerd indien de overschrijding daarvan is toe te schrijven aan de overheid. EHRM 10 juli 1984, no. 8990/80 (Guincho v. Portugal), par. 38; EHRM 25 juni 1987, no. 9381/81 (Capuano v. Italië), par. 30 en EHRM 24 oktober 1989, no. 10073/82 (H v. Frankrijk), par. 55.

³²⁰ HR 18 juni 2004, LJN AO8556.

³²¹ S.C.J.J. Kortmann, ‘Bad bankruptcy governance’, TvI 2003/6 p. 265.

³²² Zie brief voorzitter Insolventiekamer Rechtbank. Den Haag van 19 juni 2003, TvI 2003/4 Nieuwsbrief.

zijn vroegst over vier maanden in behandeling kan worden genomen. De griffier zal u over verdere afhandeling bij brief informeren.³²³ Zie ook voor overschrijding van de redelijke termijn voor een insolventieprocedure ook de zaak *Vozár v. Slowakije*,³²⁴ maar zo zijn er velen.

3.9 Het recht op rechtspraak door een onafhankelijke en onpartijdige rechter

De onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter is een fundamenteel element van een eerlijk proces. Dit geldt voor alle vormen van (burgerlijke, strafrechtelijke en bestuursrechtelijke) rechtspraak.³²⁵ Indien een andere instantie (disciplinair of anderszins) rechtsprekt dan is voldoende dat de betreffende instantie niet voldoet aan de eisen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid, mits zij onderworpen is aan een latere controle door een volledig bevoegd rechterlijk orgaan dat de waarborgen van artikel 6 EVRM wel bezit.³²⁶ Niettemin geldt de eis van onafhankelijkheid voor arbitrale geschillen onverkort.³²⁷ Arbiters moeten onafhankelijk en onpartijdig zijn. Als er meer instanties bij het geschil betrokken zijn dan moet de onafhankelijkheid en onpartijdigheid in ten minste één instantie gewaarborgd zijn, zodat een gebrek kan worden hersteld.³²⁸

In de Nederlandse Grondwet worden deze beginselen ook gewaarborgd. Artikel 116 lid 2 Gw verplicht de wetgever de inrichting, samenstelling en bevoegdheid van de rechterlijke macht te regelen. Artikel 117 Gw legt de verplichting op om de rechtspositie van de leden van de rechterlijke macht, die met rechtspraak zijn belast, te regelen. Met onpartijdigheid hangt samen de mogelijkheid om een rechter te wraken (artikel 36 Rv). De in artikel 30 Rv gegeven opsomming van feitelikheden, die, wanneer zij komen vast te staan, geacht moeten worden zodanige twijfel te doen rijzen aan de onpartijdigheid van een rechter, kan niet meer als uitputtend worden aangemerkt. De onpartijdigheid van de rechter wordt verondersteld. Dienovereenkomstig overwoog het EHRM: ‘It further recalls that

³²³ Brief van de Sector Civiel Rechtbank Rotterdam, n.a.v. een verzoek tot toelating tot de WSNP).

³²⁴ EHRM 14 november 2006, no. 54826/00 (*Vozár v. Slowakije*).

³²⁵ EHRM 26 oktober 1984, no. 9186/80 (*De Cubber v. België*), NJ 1988, 744, m.nt. EAA, par. 32.

³²⁶ EHRM 23 juni 1981, no. 6878/75 e.a. (*Le Compte, Van Leuven en De Meyere v. België*), par. 50-51; EHRM 10 februari 1983, no. 7299/75 (*Albert en Le Compte v. België*), par. 29; EHRM 21 februari 1984, no. 8544/79 (*Ozturk v. Duitsland*), NJ 1988, 937, AAe 1985, p. 145, par. 56 en opinie van ECRM in EHRM 23 april 1987, no. 9273/81 (*Ettl v. Oostenrijk*), par. 77; Opinie ECRM in EHRM 22 oktober 1984, no. 8790/79 (*Sramek v. Oostenrijk*), par. 69.

³²⁷ ECRM 12 oktober 1982, no. 8599/79 en 8589/79 (*Bramelid/Malmstrom*); EHRM 8 juli 1986, no. 9006/80 e.a. (*Lithgow e.a. v. Verenigd Koninkrijk*), par. 202 en EHRM 23 juni 1981, no. 6878/75 e.a. (*Le Compte, Van Leuven en De Meyere v. België*), par. 58.

³²⁸ *Alkema* in noot onder EHRM 26 oktober 1984, (*De Cubber v. België*), NJ 1988, 744 onder nt. 6.

the personal impartiality of a judge must be presumed until the contrary established.³²⁹ De vrees dat het de rechter aan onpartijdigheid ontbreekt moet objectief gerechtvaardigd zijn.³³⁰

3.9.1 Gerecht/Tribunal

De rechter is (meestal) onderdeel van een rechtsprekend orgaan of gerecht. Wat moet onder een 'gerecht' worden verstaan? In een opinie van de ECRM wordt hierover gezegd:

'In this connection it must first be observed that it is not decisive for the qualification of a certain authority as a "tribunal" within the meaning of Article 6 § 1 how it is classified in the domestic legal system. The only thing which matters is that it fulfils the substantive requirements of a tribunal, being an authority with power to decide legal disputes with binding effects for the parties. Although the exercise of certain discretionary powers is not entirely extraneous to its functions it is nevertheless characteristic of a tribunal that its decisions are not primarily left to its discretion, but must be arrived at in orderly proceedings conducted on the basis of the rule of law, i.e. proceedings enabling it to establish the legally relevant facts, and to apply pre-existing legal regulations or principles to these facts.'³³¹

Deze opinie is door het EHRM overgenomen.³³² De rechterlijke instantie in de zin van artikel 6 EVRM is niet alleen 'a court of law of the classic kind, integrated within the standard judicial machinery of the country'.³³³ Onder deze definitie valt ook een arbitraal college of een tuchtcollege.³³⁴ Administratieve autoriteiten vallen hier niet onder.³³⁵ Het moet steeds gaan om een gerecht dat een bindende uitspraak kan doen.³³⁶ Dat wil zeggen een uitspraak die vervolgens niet door een niet-rechterlijk orgaan ten detrimente van een individuele partij kan worden gewijzigd.³³⁷

³²⁹ EHRM 5 oktober 1987, no. 12057/86 (Akerblom v. Zweden).

³³⁰ HR 30 november 1990, NJ 1992, 94, m.nt. HJS onder Ktg. Den Bosch 31 juli 1990, NJ 1992, 95.

³³¹ ECRM 8 december 1982, no. 8790/79 (Sramek v. Oostenrijk), par. 71.

³³² EHRM 22 oktober 1984, no. 8790/79 (Sramek v. Oostenrijk), par. 36; EHRM 30 november 1987, no. 8950/80 (H. v. België), par. 50; EHRM 23 juni 1981, no. 6878/75 e.a. (De Meyere e.a. v. België), par. 55 en EHRM 27 augustus 1991, no. 13057/87 (Demicoli v. Malta), par. 39.

³³³ EHRM 28 juni 1984, no. 7819/77 e.a. (Campbell v. Verenigd Koninkrijk), par. 76.

³³⁴ ECRM 12 oktober 1982, no. 8588-5859/79 (Bramelid en Malmstrom v. Zweden); EHRM 8 juli 1986, no. 9006/80 e.a. (Lithgow v. Verenigd Koninkrijk), par. 201.

³³⁵ EHRM 7 juli 1989, no. 10873/84 (Tre Traktorer AB v. Zweden), par. 47-49; EHRM 25 oktober 1989, no. 10842/84 (Allan Jacobsson v. Zweden no. 1), par. 75-76; EHRM 21 februari 1990, no. 11855/85 (Håkansson en Stureson v. Zweden), par. 62-63; EHRM 28 juni 1990, no. 11761/85 (Obermeier v. Oostenrijk), par. 70 en de opinie van de ECRM in EHRM 28 juni 1990, no. 12258/86 (Skärby v. Zweden), par. 90.

³³⁶ EHRM 23 oktober 1985, (Bentham v. Nederland), par. 40.

³³⁷ EHRM 19 april 1994 (Van de Hurk v. Nederland), NJ 1995, 462: Alkema in zijn noot concludeert dat het Hof de onaantastbaarheid van het rechterlijk oordeel centraal stelt.

Op zich is het duidelijk dat de Nederlandse burgerlijke rechter als een rechterlijke instantie in de zin van artikel 6 EVRM wordt aangemerkt en voldoet aan de eisen (onafhankelijk en onpartijdig) die daaraan worden gesteld.³³⁸ Toch wordt daarover nog wel eens verschillend gedacht, althans met name voor zover het de positie van de rechter-commissaris in de insolventieprocedure betreft. Vooropgesteld kan worden dat in het kader van artikel 6 EVRM een onderscheid wordt gemaakt tussen subjectieve en objectieve partijdigheid. Subjectieve partijdigheid ziet toe op de situatie dat de rechter daadwerkelijk partijdig is, hetgeen kan blijken uit zijn optreden en opmerkingen. Van objectieve partijdigheid is sprake ingeval op basis van feiten en omstandigheden in redelijkheid kan worden gesteld dat de rechter niet onpartijdig is; het gaat hier om de naar objectieve maatstaven gerechtvaardigde schijn van partijdigheid. Bij de beoordeling van een beroep op het ontbreken van onpartijdigheid van de rechter in de zin van artikel 6 eerste lid EVRM dient – volgens vaste jurisprudentie van Hoge Raad – voorop te staan dat een rechter uit hoofde van zijn aanstelling moet worden vermoed onpartijdig te zijn, tenzij zich uitzonderlijke omstandigheden voordoen die zwaarwegende aanwijzingen opleveren voor het oordeel dat een rechter jegens een procespartij een vooringenomenheid koestert, althans dat de bij een procespartij dienaangaande bestaande vrees objectief gerechtvaardigd is.³³⁹ Van objectieve partijdigheid kan sprake zijn indien de rechter eerdere bemoeienis met de zaak heeft gehad. Dit zou in het bijzonder het geval kunnen zijn wanneer de rechter een oordeel moet vellen over een beslissing die hij zelf genomen heeft. Niet iedere eerdere bemoeienis maakt evenwel de rechter partijdig in de zin van artikel 6 EVRM; de aard (‘scope and nature’) van die bemoeienis is van belang.³⁴⁰ De NVvR heeft een protocol opgesteld voor het bevorderen van een vlotte en professionele behandeling van wrakingsverzoeken, dat is gebaseerd op de ‘Aanbeveling inzake afhandeling wrakingsverzoeken’.³⁴¹

³³⁸ Smits 1996, p. 251.

³³⁹ HR 16 november 1999, NJ 2000, 335, m.nt. ‘tH; HR 12 november 2001, LJN AB2794.

³⁴⁰ Zie in dit verband naar EHRM 23 mei 1991, no. 11662/85 (Oberschlick v. Oostenrijk), NJ 1992, 456 m.nt. EJD; EHRM 24 februari 1993, no. 14396/88 (Frey v. Oostenrijk), NJ 1993, 649, m.nt. EAA; EHRM 24 augustus 1993, no. 13924/88 (Nortier v. Nederland), NJ 1993, 650, m.nt. EAA; EHRM 22 april 1994, no. 15651/89, (Saraiva de Carvalho v. Portugal); EHRM 22 februari 1996, no. 17358/90 (Bulut v. Oostenrijk), NJ 1996, 483, m.nt. Kn.; EHRM 10 juni 1996, (Thomann v. Zwitserland), NJ 1998, 184 m.nt. Kn.; EHRM 7 augustus 1996, (Ferrantelli en Santangelo v. Italië), NJ 1998, 185, m.nt. Kn onder HR 14 oktober 1997, NJ 1998, 187.

³⁴¹ Trema 2001, nr. 4, p. 184.

3.9.2 Is de rechter-commissaris onafhankelijk (onpartijdig)?

Of de rechter-commissaris steeds de rol van een onpartijdige rechter kan spelen wordt wel betwijfeld. Het betreft dan steeds de objectieve onpartijdigheid. Staat de rechter-commissaris, gezien zijn soms nauwe band met het faillissement, nog wel onpartijdig tegenover de curator of bewindvoerder? Zelfs als tegen een beslissing van de rechter-commissaris beroep openstaat, is er twijfel over de vraag of de rechtbank op voldoende afstand van de rechter-commissaris staat. Veel voorbeelden zijn er overigens niet. Het hoger beroep tegen de beschikking van de rechter-commissaris bij de rechtbank wordt aangeduid met intern appel (artikel 67 lid 1 Fw). Van Galen vindt dat geen gelukkig instituut omdat zijn toezichthoudende en adviserende taak zich niet verhoudt met een appel mogelijkheid bij een rechtbank, waarvan de rechter-commissaris zelf deel uitmaakt. Er zal een natuurlijke neiging bij de interne appelinstantie bestaan om de eigen collega niet af te vallen.³⁴² Dezelfde discussie is gevoerd in het strafrecht.³⁴³

Huls en Schellekens noemen drie onderwerpen waarin artikel 6 EVRM, met name in de WSNP, een rol speelt:³⁴⁴

- Het vele contact tussen curator en rechter-commissaris brengt in elk geval de schijn van belangenverstrengeling;
- Het hofresortelijk overleg tussen de eerste en de tweede lijn, waardoor een zekere spanning bestaat tussen de rol van het Hof als beroepsinstantie en die van overlegpartner;
- De rol die rechters vervullen bij het voorbereiden van wetgeving, hetgeen niet verenigbaar is met de scheiding der machten en het Procola-arrest.³⁴⁵

Vriesendorp komt tot eenzelfde conclusie. Een rechter-commissaris kan niet zonder meer als – onpartijdige – rechterlijk functionaris worden gezien, wanneer de curator met hem overleg heeft gevoerd. Het oordeel van de rechter-commissaris in een ‘artikel 69 Fw-procedure’ is dan geen onpartijdige toetsing en vervolgt: ‘laten wij daar dan eerlijk over zijn en de justitiabele niet in een (verkeerde) waan laten’.³⁴⁶ Hij stelt voor de rechters-commissarissen te concentreren per Hof ressort, welk voorstel inmiddels ook in het Voorontwerp is opgenomen.³⁴⁷ De 69 Fw-procedure kan dan blijven bestaan als een snelle en informele manier om eenvoudige conflicten op te lossen, hetgeen dan overeenkomt

³⁴² R.J. van Galen, ‘Enkele procedurele opmerkingen over het faillissement’, WPNR 01/6463 p. 905-911.

³⁴³ C.J.M. Corstens, D&D1989, p. 628: ‘het bezwaar bij uitstek tegen (...) het “intern appel” ligt op het vlak van de onpartijdigheid en de onafhankelijkheid van de rechter.’

³⁴⁴ Huls en Schellekens 2001, p.126. Voor een meer sociologische benadering, zie: A. Beukelman, ‘De verhouding curator-rechter-commissaris in praktijk’, n.a.v. een Insolad-enquête in 1998, TvI 2001/5 p. 152-157.

³⁴⁵ EHRM 28 september 1995, no. 14750/89 (Procola v. Luxemburg), NJ 1995, 667, AAe 1996, p. 120.

³⁴⁶ R.D. Vriesendorp, ‘De rechter-commissaris bij insolventies; onpartijdige rechter of betrokken commissaris?’. Justitiële Verkenningen, jrg. 26, nr. 2, 2000, p. 55-64; R.D. Vriesendorp, ‘De R-C als trendvolger?’, TvI 1995/5, p. 97-101.

³⁴⁷ Toelichting Voorontwerp, p. 12 (t).

met het intern appel in het bestuursrecht. Vriesendorp heeft daarbij met verbazing geconstateerd dat blijkens een Insolad-enquête bij ongeveer de helft van de rechters-commissarissen, in strijd met dit artikel, (informatie uit) het niet-openbare faillissementsdossier ter inzage aan de toetsende rechter en/of griffier lag of werd verstrekt, waar de wederpartij van de curator naar (het bestaan van) de informatie moest gissen.

Het betreft hier vrijwel steeds de objectieve partijdigheid. Partijdigheid van de rechter-commissaris wordt echter niet zo vaak aangenomen. De in artikel 30 Rv gegeven opsomming van feitelijkheden, die, wanneer zij komen vast te staan, geacht moeten worden zodanige twijfel te doen rijzen aan de onpartijdigheid van een rechter, kan niet meer als uitputtend worden aangemerkt. De vrees dat het de rechter aan onpartijdigheid ontbreekt moet objectief gerechtvaardigd zijn.³⁴⁸ Zo werd geoordeeld dat de omstandigheid dat de rechter in een artikel 67 Fw-procedure reeds heeft geoordeeld over de intrekking van de surseance en de faillietverklaring van de schuldenaar, objectief gezien geen twijfel rechtvaardigt aan diens onpartijdigheid in de omstandigheden van het geval, omdat de rechter destijds over geheel andere vragen had te oordelen dan die waarop het artikel 67 Fw-verzoek was gericht.³⁴⁹ Toen de vraag aan de orde was of de omstandigheid dat de (salaris)beschikking was meegelezen door een rechter die eertijds rechter-commissaris was in hetzelfde faillissement (maar ten tijde van het geven van de beschikking niet meer) en over de behandeling van het faillissement ‘in hoge mate van mening verschilde met de curator’, een grond voor vernietiging van die beschikking kon opleveren gaf de Hoge Raad daarover geen oordeel omdat de beschikking reeds op andere gronden werd vernietigd. In die zaak concludeerde de A-G Asser echter dat de wet niet verbiedt dat een gewezen rechter-commissaris zitting heeft in de rechtbank die het salaris van de curator bepaalt en de genoemde omstandigheden, wat de juistheid daarvan ook zij, onvoldoende waren om aan te nemen dat daardoor geen eerlijke behandeling door een onpartijdige rechterlijke instantie kon plaatsvinden.³⁵⁰

De rechter-commissaris in de voorlopig verleende surseance mag echter geen deel uitmaken van de (in elk geval enkelvoudige kamer van de) rechtbank die deze beschikking (tot omzetting van de surseance in faillissement) geeft. De Hoge Raad achtte dit, in het licht van het arrest *Hauschildt v. Denemarken*,³⁵¹ in

³⁴⁸ HR 30 november 1990, NJ 1992, 94 m.nt. HJS onder Ktg. 's-Hertogenbosch 31 juli 1990, NJ 1992, 95.

³⁴⁹ Verg. EHRM 24 mei 1989, no. 10486/83 (*Hauschildt v. Denemarken*), NJ 1990, 627, m.nt. PvD, par. 48, en in gelijke zin ECRM 10 september 1997, no. 31717/96 (*Keveling en Legerstee v. Nederland*).

³⁵⁰ HR 3 juli 1989, NJ 1989, 770 (Vlek q.q.).

³⁵¹ EHRM 24 mei 1989, no. 10486/83 (*Hauschildt v. Denemarken*), NJ 1990, 627, par. 48: ‘Under the objective test, it must be determined whether, quite apart from the judge’s personal conduct, there are ascertainable facts which may raise doubts as to his impartiality. In this respect even appearances may be of a certain importance. What is at stake is the confidence which the courts in a democratic society must inspire in the public and

strijd met artikel 6 EVRM, doch oordeelde ook dat indien de klacht gegrond zou zijn bevonden had dit niet tot een ander resultaat zou hebben geleid.³⁵² Het is ook in strijd met de regels van een goede procesorde dat dezelfde rechter-commissaris, als voorzitter (of lid) van de kamer, de salarisbeschikking geeft. Op die grond is de conclusie gerechtvaardigd dat dit ook het geval is indien diezelfde rechter-commissaris de curator ontslaat (zie ook hierna).

Dat de rechter-commissaris al eerder bemoeienis heeft gehad (met drie met elkaar samenhangende faillissementen) was onvoldoende om hem in een artikel 67 Fw-procedure als partijdig te beschouwen. Bovendien was de betrokken rechter-commissaris een andere dan degene die de overeenkomst had goedgekeurd. Indien vrees voor partijdigheid wordt aangenomen moeten de gronden daarvoor worden aangevoerd. Het valt op dat de Hoge Raad op dit punt niet – in lijn met de conclusie van de A-G – volstond met de constatering dat de beschikking van de rechter-commissaris geen betrekking heeft op een ‘right’ in de zin van art. 6 EVRM maar inhoudelijk aan deze bepaling toetst.³⁵³

Hiermee kan worden volgehouden dat de enkele omstandigheid dat de rechter-commissaris toezicht houdt op de afwikkeling van het faillissement, tot de slotsom moet leiden dat hij niet meer als onpartijdig rechter een beslissing kan geven ingeval hem daarom op de voet van artikel 69 Fw wordt verzocht. Het is evenmin in strijd met artikel 6 EVRM indien er een eerdere betrokkenheid van de rechter-commissaris bij samenhangende faillissementen is geweest.³⁵⁴ Overigens staat tegen een beslissing van de rechter-commissaris hoger beroep open op de rechtbank. Artikel 6 EVRM brengt niet mee dat geschillen betreffende burgerlijke rechten en verplichtingen steeds moeten worden berecht in procedures waarvan elk stadium door een rechterlijke instantie in de zin van artikel 6 EVRM behandeld wordt.³⁵⁵

Er kunnen bijzondere omstandigheden bestaan die de vrees wel rechtvaardigen dat de rechter-commissaris niet onpartijdig is, in de zin van artikel 6 EVRM, maar het enkele feit dat de rechter-commissaris het eindverslag heeft ‘goedgekeurd’ en dat de rechter-commissaris in dienst was van de ABN vóór de fusie met de AMRO-bank, met welke bank de schuldenaar een relatie had, impliceren

above all, as far as criminal proceedings are concerned, in the accused. Accordingly, any judge in respect of whom there is a legitimate reason to fear a lack of impartiality must withdraw.’

³⁵² HR 1 december 1995, NJ 1996, 179.

³⁵³ Gerecht in Eerste Aanleg Nederlandse Antillen, 24 februari 2006, JOR 2006/163, m.nt. R. Bremer, tevens behorend bij JOR 2000/161 en JOR 2006/162. Gerecht in eerste aanleg van de Nederlandse Antillen, zp Curaçao en Sint Maarten 25 januari 2006, JOR 2006/162.

³⁵⁴ HR 20 januari 2006, JOR 2006, 161 (artikel 69 Fw).

³⁵⁵ EHRM 23 juni 1981 no. 6878/75 e.a. (Le Compte, Van Leuven en De Meyere v. België), NJ 1982, 602, m.nt. EAA onder (Bentham v. Nederland), NJ 1982, 603).

niet dat de rechtsgang van artikel 69 Fw niet zou moeten worden beschouwd als een volwaardige voorziening waarin volgens de eisen van artikel 6 EVRM zou kunnen worden beslist over de verlangde rekening en verantwoording. De omstandigheid dat de rechter in een artikel 67 Fw-procedure reeds heeft geoordeeld over de intrekking van de surséance en de faillietverklaring van de schuldenaar, rechtvaardigt objectief gezien geen twijfel aan diens onpartijdigheid in de omstandigheden van het geval, omdat de rechter destijds over geheel andere vragen had te oordelen dan in de onderhavige zaak aan de orde waren.³⁵⁶ In een strafzaak tegen een verdachte kan de rechter in eerste aanleg ook degene zijn die eerder rechter-commissaris in het faillissement van de verdachte is geweest.³⁵⁷

Onpartijdige rechter en het ontslag van de curator. In een procedure, waarin een ontslagen curator door een opvolgend curator aansprakelijk werd gesteld, oordeelde de rechtbank Rotterdam dat het enkele feit dat de rechter-commissaris in het faillissement deel uitmaakt van de kamer die een curator ontsloeg, op zich niet in strijd is te achten met het stelsel van de Faillissementswet of met de in artikel 6 EVRM verlangde onpartijdigheid van de rechter. Eventuele – in dat geding niet nader aangegeven – bezwaren van de curator tegen zijn ontslag kunnen niet afdoen aan de geldigheid van de benoeming van de opvolgende curator bij een beschikking die in kracht van gewijsde is gegaan.³⁵⁸ In de zaak *Werner v. Polen* kwam de curator (*Werner*) op tegen zijn ontslag en de benoeming van een nieuwe curator. In het college dat deze beslissing nam had de rechter-commissaris (*insolvency judge*) zitting, maar de Poolse Faillissementswet kende de curator geen beroep tegen deze beslissing toe. Het EHRM oordeelde:

‘the fact that the judge who submitted to the court a motion for the applicant to be dismissed could be regarded as giving objective grounds for believing that the court deciding on this motion lacked impartiality. The Court also notes that it is not in dispute that the applicant did not have access to a higher court with jurisdiction to examine his appeal against his dismissal (...) The Court finally observes that the proceedings in question did not satisfy the procedural guarantees of fairness set out by Article 6 of the Convention’.³⁵⁹

De rechter-commissaris mag daarmee geen deel uitmaken van de kamer die de curator ontslaat. Dit is in strijd met artikel 6 EVRM.

3.10 Het recht dat de uitspraak in het openbaar wordt gewezen

De Faillissementswet schrijft niet voor dat beschikkingen, als bedoeld in artikel 67 Fw (en andere), in het openbaar moeten worden uitgesproken. Titel 12 van Boek 1 Rv, waarvan artikel 429k Rv deel uitmaakt (het artikel dat een openbare uitspraak beveelt), is niet in werking getreden voor procedures als bedoeld in

³⁵⁶ HR 16 juni 1995, NJ 1996, 553, m.nt. HJS.

³⁵⁷ HR 29 september 1992, NJ 1993, 58, m.nt. Kn.

³⁵⁸ Rb. Rotterdam 4 november 1994, JOR 1999, 38 (Mr Vilé).

³⁵⁹ EHRM 15 november 2001, no. 26760/95 (*Werner v. Polen*), par. 44-46.

artikel 67 Fw. Artikel 6 EVRM bevat wel het voorschrift dat de uitspraak in het openbaar wordt gedaan. Dit voorschrift is niet beperkt tot vonnissen maar ziet ook toe op rechterlijke beslissingen, voor zover deze laatste zijn aan te merken als een vaststelling van burgerlijk rechten en verplichtingen.³⁶⁰ A-G Langemeijer heeft naar voren gebracht dat hij het denkbaar acht dat indien de praktische bezwaren minder klemmen, wanneer de meer geformaliseerde fase van het beroep op de rechtbank is bereikt, dat wil zeggen dus alléén in de appelfase, het denkbaar is dat de rechtsontwikkeling ertoe leidt dat artikel 429k Rv van overeenkomstige toepassing wordt geacht op procedures als bedoeld in artikel 67 Fw.³⁶¹ Zo ver is het nog niet. De uitspraak op de faillissementsaanvraag moet eveneens in het openbaar geschieden.³⁶² Het betreft een procedure op verzoek. Dat brengt dan mee, dat in het algemeen de behandeling van het verzoekschrift niet in het openbaar behoeft plaats te vinden, maar daar vloeit echter niet uit voort, dat de behandeling niet in het openbaar mag plaatsvinden, behalve wanneer de wet behandeling in raadkamer nadrukkelijk voorschrijft, zoals bijvoorbeeld is geschied in de artikelen. 34, lid 1 en 10 lid 5 Fw.³⁶³

In drie arresten (*Pretto v. Italië*), (*Axen v. Bondsrepubliek Duitsland*) en (*Sutter v. Zwitserland*) is het EHRM nader op de openbaarheid ingegaan. Die rechtspraak laat enige ruimte voor de in het nationale recht gegroeide praktijk en eist niet dat de uitspraak steeds mondeling moet worden voorgedragen.³⁶⁴ Het verkrijgbaar zijn van het vonnis bij de griffie of schriftelijke mededeling aan partijen kan volstaan, speciaal in het geval van uitspraken in cassatie. De te beantwoorden vraag is uiteindelijk of het gaat om een burgerlijk recht en om een beslissing in een geschil daarover, in de zin van artikel 6 EVRM.³⁶⁵ Ten aanzien van de beslissing op de faillissementsaanvraag zelf heeft de Hoge Raad deze vraag positief beantwoord.³⁶⁶ Thans wordt nog aangenomen dat slechts bij toewijzing van een insolventieverzoek de uitspraak in het openbaar dient plaats te vinden.³⁶⁷ De afwijzing vindt steeds plaats in de raadkamer.³⁶⁸ In het Voorontwerp is bepaald dat de afwijzing van het verzoek ook in het openbaar plaatsvindt (artikel 2.2.7 lid 4). Dit is opgenomen omdat het EHRM, indien er sprake is van een geschil, tot op heden geen uitzonderingen op dit voorschrift heeft toege-

³⁶⁰ HR 11 september 1998, NJ 1998, 829, JOR 1998, 172.

³⁶¹ A-G Langemeijer voor HR 11 september 1998, JOR 1998, 172.

³⁶² N.J. Polak, NJB 1978, p. 810 e.v.

³⁶³ HR 16 september 1921, NJ 1921, p. 1202.

³⁶⁴ HR 15 november 1985, NJ 1986, 227.

³⁶⁵ Vgl. EHRM 26 juni 1986, no. 8543/79 (*Van Marle v. Nederland*), NJ 1987, 581, m.nt. EAA; Zie ook: *Heringa c.s.*, losbladige EVRM, Rechtspraak en commentaar (1998) par. 3.6.3.1.-5 met verdere verwijzingen; en *Viering* 1994, hoofdstuk 4.

³⁶⁶ HR 26 juni 1981, NJ 1982, 450; HR 20 mei 1988, NJ 1989, 676, beiden m.nt. EAA en Ma.

³⁶⁷ Zulks op straffe van nietigheid: artikel 4 lid 3 Fw in verband met artikel 121 Gw en artikel 5 lid 2 wet RO.

³⁶⁸ Polak-Polak 1972, p. 55.

staan.³⁶⁹ In dit verband is nog van belang dat de wijze waarop aan de eis van openbaarheid van de uitspraak wordt voldaan, kan variëren. Dit moet worden beoordeeld aan de hand van de bijzondere kenmerken van de procedure en het doel van dit voorschrift. Dat doel is het mogelijk maken van controle van de rechter door het publiek met het oog op het waarborgen van het recht op een eerlijk proces. Een daadwerkelijk (mondeling) in het openbaar uitspreken van beschikkingen tot afwijzing van insolventieverzoeken is dan ook naar het oordeel van de commissie niet steeds noodzakelijk.³⁷⁰ Als aandachtspunt noemt de Commissie Insolventierecht dat het denkbaar is dat de (een) Insolventieraad verzocht wordt richtlijnen voor de openbaarheid van de uitspraken te ontwikkelen. Dat de uitspraak in het openbaar heeft plaatsgevonden behoeft niet uit de beschikking zelf te blijken.³⁷¹ Dat de uitspraak in het openbaar is geschied kan, behalve uit de beschikking, ook op andere wijze blijken, zoals uit het proces-verbaal van de zitting.³⁷² Dat de uitspraak in het openbaar moet worden gewezen hangt samen met de mogelijkheid dat derden er kennis van kunnen nemen. De curator kan betaling (creditering in rekening-courant) van de bank vorderen van bedragen die de bank na de faillietverklaring aan een derde heeft voldaan ingevolge door de gefailleerde rekeninghouder na de faillietverklaring gegeven opdrachten tot betaling ten laste van diens creditsaldo in rekening-courant, terwijl de bank noch door publicatie van het faillissement noch op andere wijze op de hoogte was of moest zijn van het faillissement.³⁷³ Of de openbaarheid van de uitspraak hierin veel verandering kan brengen ligt overigens niet echt voor de hand. Artikel 52 Fw waarop dit is gestoeld heeft al de nodige kritiek ontvangen. De omstandigheid dat het bepaalde in artikel 52 Fw is opgenomen ter bescherming van derden te goeder trouw brengt niet mee dat in het faillissementsrecht de bescherming van derden te goeder trouw als algemeen uitgangspunt is gekozen en dit dan ook geen aanleiding zou kunnen geven tot een extensieve uitleg van artikel 52 Fw in afwijking van het fixatiebeginsel. Of, zoals A-G Huydecoper zegt, dat daardoor het werkingsgebied van deze ‘legislatieve inconsequentie’ verder zal worden uitgebreid, en daarmee een halfslachtigheid van het wettelijke systeem wordt bevorderd die beter tot het noodzakelijke minimum kan worden beperkt.³⁷⁴

³⁶⁹ EHRM 28 juni 1984, no. 7819/77 e.a. (Campbell and Fell v Verenigd Koninkrijk), par. 91.

³⁷⁰ EHRM 8 december 1983, no. 7984/77 (Pretto e.a. v. Italië), par. 27-28; EHRM 8 december 1983, no. 8273/78 (Axen v. Duitsland), par. 29-32 en EHRM 22 februari 1984, no. 8209/78 (Sutter v. Zwitserland), par. 32-34.

³⁷¹ HR 2 december 1988, NJ 1989, 301.

³⁷² HR 12 januari 1923, NJ 1923, p. 356, m.nt. Molengraaff.

³⁷³ HR 28 april 2006, NJ 2006, 503, m.nt. P. van Schilfgaarde (Huijzer/Coöperatieve Rabobank).

³⁷⁴ A-G Huydecoper voor HR 28 april 2006, NJ 2006, 503.

3.11 Conclusies

Een eerlijk proces. Artikel 6 EVRM geeft recht op een eerlijk proces. Het geeft eenieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld. De uitspraak moet in het openbaar worden gewezen. Het proces moet dan wel gaan om een geschil over het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen of het bepalen van de gegrondheid van een ingestelde vervolging. Artikel 13 EVRM geeft het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel. Voor wat betreft het faillissement is het belang van artikel 6 EVRM op het eerste gezicht beperkt. Artikel 6 EVRM is niet van toepassing op belastingzaken en het faillissement is geen strafrechtelijke, maar overwegend civielrechtelijke procedure. Een faillissement is ook niet steeds een geschil. Door een vonnis van faillietverklaring wordt geen geschil, omtrent de rechten van de daarbij betrokken partijen, tot een oplossing gebracht. Artikel 6 EVRM komt wel, en in volle omvang aan de orde. Bijvoorbeeld, indien de schuldeiser een bestuursorgaan is (zoals de belastingdienst), die een vordering op de schuldenaar heeft die is aan te merken als een fiscale of bestuurlijke boete. Dit kan ook het geval zijn indien de curator een onderzoek instelt naar bestuurdersaansprakelijkheid of delicten als bedoeld in titel XXVI van het tweede boek van het Wetboek van Strafrecht. Indien dat het geval is geeft artikel 6 EVRM een aantal proceswaarborgen. Dit zijn waarborgen die de curator moet beschermen en waarop de rechter-commissaris toezicht uitoefent.

Faillissementsrechtelijke proceswaarborgen. De waarborgen volgen rechtstreeks uit de Faillissementswet, het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht. Daaruit blijkt bijvoorbeeld dat de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring met de meeste spoed wordt behandeld, dat de schuldenaar moet worden opgeroepen om te worden gehoord en het vonnis van faillietverklaring ter openbare terechtzitting moet worden uitgesproken. Algemeen wordt aangenomen dat alle waarborgen van artikel 6 EVRM op de insolventieprocedures van toepassing zijn, maar dat onderscheid gemaakt kan worden tussen de procedure die tot het faillissement leidt en de faillissementsprocedure zelf (d.w.z. het beheer en gerechtelijke vereffening van de boedel). De faillissementsprocedure valt niet onverkort onder de proceswaarborgen die in artikel 6 EVRM zijn opgenomen. Dit komt omdat in het faillissement niet steeds burgerlijke rechten en verplichtingen of de gegrondheid van een tegen de schuldenaar ingesteld strafvervolgning worden vastgesteld en de vereffening niet steeds valt aan te merken als een ‘dispute’ of een ‘contestation’. Het faillissement wordt soms gezien als een tijdelijke maatregel. Dit neemt niet weg dat alle elementen van een eerlijk proces, zowel ten aanzien van de behandeling als de uitspraak in vrijwel alle deelprocedures aan de orde komen, althans behoren te komen, zelfs als de Faillissementswet zelf dit niet voorschrijft.

Toegang tot de rechter-commissaris. Op grond van artikel 69 Fw kan iedere schuldeiser, de commissie uit hun midden benoemd en ook de schuldenaar, bij verzoekschrift tegen elke handeling van de curator bij de rechter-commissaris opkomen, of van deze een bevel uitlokken, dat de curator een bepaalde handeling verricht of een voorgenomen handeling nalaat. Boedelschuldeisers en andere derden (zij die geen schuldeiser zijn) moeten via een gewone procedure tegen de curator hun rechten geldend maken. Voor ingrijpen van de rechter-commissaris op voet van artikel 69 Fw – en voor ingrijpen van de rechtbank in hoger beroep – is voorwaarde dat zulks is verzocht door een of meer van diegenen die als zodanig (limitatief) zijn omschreven, maar ook uit de strekking ervan: de bepaling beoogt de curator te stellen onder controle ‘van hen, in wier belang hij is aangesteld’. De ‘artikel 69 Fw-procedure’ moet mijns inziens worden uitgebreid tot alle belanghebbenden.

Toegang tot de rechter. Tijdens de faillissementsprocedure is de toegang tot de rechter beperkt. Lopende procedures kunnen worden geschorst en nieuwe procedures kunnen niet aanvangen indien de boedel bij die procedures betrokken is. Bij een verzoek van de schuldenaar tot faillietverklaring of tot toelating tot de WSNP wordt de toelating soms voorbereid door de gerechtssecretaris. Omdat het daarbij steeds gaat om de weging van vele feitelijk gegevens moet de rechter daarbij aanwezig zijn en mag de beslissing niet afhangen van gegevens die geheel of gedeeltelijk uit de tweede hand zijn.

Redelijke termijn. Met name de afhandeling van het faillissement binnen een redelijke termijn vraagt bijzondere aandacht. Alle partijen dienen hiervan door-drongen te zijn. Tenzij direct duidelijk is dat concurrente schuldeisers geen enkele uitkering zullen ontvangen moet de verificatievergadering zo spoedig mogelijk worden gehouden (artikel 108 Fw).

Pseudo rechtspraak. Pseudo rechtspraak komt veel voor. Indien door de curator of de schuldenaar een vordering van een schuldeiser wordt betwist, die door de rechter-commissaris vervolgens toch voorwaardelijk wordt toegelaten krijgt deze schuldeiser stemrecht in de vergadering van schuldeisers. Zo kan iemand die mogelijk niet eens schuldeiser is vergaande beslissingen nemen. Hij kan over een ontwerpakkoord meestemmen (artikel 125 Fw) of, nadat de staat van insolventie is ingetreden, stemmen over het al dan niet voortzetten of de verkoop van de onderneming van de schuldenaar (artikel 173a Fw). Deze beslissingen, waarbij burgerlijke rechten en verplichtingen worden vastgesteld, kunnen vervolgens niet meer worden rechtgezet door een onafhankelijke en onpartijdige rechter die de zaak in volle omvang kan toetsen. De daardoor geleden schade kan niet steeds worden verhaald, indien niet kan worden vastgesteld wat de uitkomst zou zijn geweest indien het recht niet zou zijn geschonden. In dit kader verdient het de voorkeur de verificatie van schuldvorderingen te wijzigen. Indien over de betwisting niet direct ter zitting overeenstemming kan worden bereikt (artikel 122 Fw), kan deze procedure aanzienlijk worden versneld door de introductie

van een comparitie na verificatie in een procedure die voldoet aan de artikelen 87-88 en 131 Rv, waarvoor de termijn van artikel 119 lid 3 Fw kan worden aangewend. Ook kunnen de betwiste vorderingen aan een (aparte) rechterlijke instantie kunnen worden voorgelegd, binnen de grenzen die artikel 6 EVRM daarvoor geeft.

Fouten van de rechtbank en rechter-commissaris. Fouten of onduidelijkheden, bijvoorbeeld over de uitspraak zelf of de termijn voor beroep moeten niet ten laste van de justitiabelen worden gebracht.

Hoger beroep tegen de beslissing van de rechter-commissaris. Ten aanzien van elke beschikking van de rechter-commissaris waarin burgerlijke rechten en verplichtingen worden vastgesteld moet hoger beroep openstaan.

Hoor en wederhoor bij ontslag curator. Het ontslag van de curator is geregeld in artikel 73 Fw. Dit correspondeert met artikel 319 Fw voor de bewindvoerder in de WSNP. Artikel 85 Fw sluit hoger beroep van desbetreffende beschikkingen nadrukkelijk uit. Een beroepsmogelijkheid moet worden ontwikkeld.

Het salaris van de curator. De beschikking tot vaststelling van het salaris is naar zijn inhoud een administratieve beslissing, die in het kader van de gerechtelijke vereffening van de boedel (of van de vernietiging of opheffing van het faillissement) door de rechter worden genomen, bij welke beslissingen van ‘partijen’ die moeten worden gehoord geen sprake is. Het lijkt er op dat de Hoge Raad mede afwijzend is door de mogelijke administratieve belasting. Het moge zo zijn dat de schuldenaar belang kan hebben om te worden gehoord, maar dat geldt dan te meer voor de schuldeisers, omdat het voor uitkering aan schuldeisers beschikbare bedrag in de regel rechtstreeks door de vaststelling van het salaris van de curator en de overige faillissementskosten wordt beïnvloed. Die schuldeisers of de schuldeiserscommissie zouden dan ook moeten worden opgeroepen en gehoord. De Hoge Raad is van oordeel dat artikel 6 EVRM wel van toepassing is, maar het aan de wetgever is te kiezen voor een regeling die daaraan voldoet.

HOOFDSTUK 4

Artikel 5 en artikel 2 Vierde Protocol EVRM: het recht op vrijheid en veiligheid

1. Eenieder heeft recht op vrijheid en veiligheid van zijn persoon. Niemand mag zijn vrijheid worden ontnomen, behalve in de navolgende gevallen en overeenkomstig een wettelijk voorgeschreven procedure:

- a. indien hij op rechtmatige wijze is gedetineerd na veroordeling door een daartoe bevoegde rechter;**
- b. indien hij op rechtmatige wijze is gearresteerd of gedetineerd, wegens het niet naleven van een overeenkomstig de wet door een gerecht gegeven bevel of teneinde de nakoming van een door de wet voorgeschreven verplichting te verzekeren;**
- c. indien hij op rechtmatige wijze is gearresteerd of gedetineerd teneinde voor de bevoegde rechterlijke instantie te worden geleid, wanneer er een redelijke verdenking bestaat, dat hij een strafbaar feit heeft begaan of indien het redelijkerwijs noodzakelijk is hem te beletten een strafbaar feit te begaan of te ontvluchten nadat hij dit heeft begaan;**
- d. in het geval van rechtmatige detentie van een minderjarige met het doel toe te zien op zijn opvoeding of in het geval van zijn rechtmatige detentie, teneinde hem voor de bevoegde instantie te geleiden;**
- e. in het geval van rechtmatige detentie van personen ter voorkoming van de verspreiding van besmettelijke ziekten, van geesteszieken, van verslaafden aan alcohol of verdovende middelen of van landlopers;**
- f. in het geval van rechtmatige arrestatie of detentie van een persoon teneinde hem te beletten op onrechtmatige wijze het land binnen te komen, of van een persoon waartegen een uitwijzings- of uitleveringsprocedure hangende is.**

2. Eenieder die gearresteerd is moet onverwijld en in een taal die hij verstaat op de hoogte worden gebracht van de redenen van zijn arrestatie en van alle beschuldigingen die tegen hem zijn ingebracht.

3. Eenieder die is gearresteerd of gedetineerd, overeenkomstig lid 1.c van dit artikel, moet onverwijld voor een rechter worden geleid of voor een andere magistraat die door de wet bevoegd verklaard is rechterlijke macht uit te oefenen en heeft het recht binnen een redelijke termijn berecht te worden of hangende het proces in vrijheid te worden gesteld. De invrijheidstelling kan afhankelijk worden gesteld van een waarborg voor de verschijning van de betrokkene ter terechtzitting.

4. Eenieder, wie door arrestatie of detentie zijn vrijheid is ontnomen, heeft het recht voorziening te vragen bij het gerecht opdat deze spoedig beslist

over de rechtmatigheid van zijn detentie en zijn invrijheidstelling beveelt, indien de detentie onrechtmatig is.

5. Eenieder die het slachtoffer is geweest van een arrestatie of een detentie in strijd met de bepalingen van dit artikel, heeft recht op schadeloosstelling.

Artikel 5 EVRM houdt verband met artikel 2 Vierde Protocol EVRM: Vrijheid van beweging en dat luidt:

1. Eenieder die zich wettig op het grondgebied van een staat bevindt, heeft het recht zich daar vrij te bewegen en er in vrijheid woonplaats te kiezen.
2. Eenieder is vrij welk land ook, met inbegrip van het zijne, te verlaten.
3. De uitoefening van deze rechten mag aan geen andere beperkingen worden verbonden dan die welke bij de wet zijn voorzien en in een democratische samenleving nodig zijn in het belang van 's lands veiligheid of van de openbare veiligheid, ter handhaving van de openbare orde, ter voorkoming van strafbare handelingen, ter bescherming van de gezondheid of van de goede zeden of ter bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.
4. De in het eerste lid genoemde rechten kunnen ook, in bepaalde omschreven gebieden, worden gebonden aan bij de wet voorziene beperkingen, welke gerechtvaardigd worden door het algemeen belang in een democratische samenleving.

4.1 Inleiding

Artikel 5 EVRM beschermt het recht op persoonlijke vrijheid en veiligheid. Het recht op persoonlijke veiligheid is absoluut geformuleerd. Het gaat hier om de fysieke veiligheid van personen of groepen. De verdragstaten moeten bijvoorbeeld waarborgen verlenen tegen het onnodig in gevaar brengen van de lichamelijke integriteit. Dit is reeds te lezen in artikel 2 lid 1 EVRM, waarin eenieder recht heeft op bescherming van het leven door de wet. Dit legt echter geen positieve verplichting op de overheid haar onderdanen persoonlijk te beveiligen.¹ Artikel 5 EVRM beschermt de burger in de eerste plaats tegen willekeurige vrijheidsontneming of vrijheidsberoving en tegen andere beperkingen van de fysieke vrijheid van een persoon.² Dit wordt afgeleid uit de nadere uitwerking van artikel 5 EVRM, waarin in de authentieke tekst over 'deprived of his liberty', 'arrest' en 'detention' wordt gesproken.³

¹ ECRM 20 juli 1973, no. 6040/73 (X v. Ireland): 'The Commission has just found that Art. 2 does not impose a positive obligation on States to give individuals personal protection of the kind sought by the applicant. Similarly, it finds that neither can Art. 5 (1) be considered to impose on States such an obligation.' (de bescherming van een burger tegen het IRA geweld).

² Van Dijk-Van Hoof 1982 p. 244.

³ EHRM 8 juni 1976, no. 5100/71 (Engel v. Nederland), par. 58-59.

De in de Grondwet met artikel 5 EVRM overeenstemmende bepaling is artikel 15 Gw. Dit grondwettelijk recht geeft de burger minder bescherming dan artikel 5 EVRM. De vrijwaring tegen willekeurige vrijheidsontneming wordt aan de gedelegeerde wetgever overgelaten. Artikel 15 lid 3 en lid 4 Gw geven onderscheiden waarborgen voor iemand die van zijn vrijheid is beroofd. Artikel 15 lid 4 Gw geeft een meer algemene grondrechtbeperking. In het IVBPR is de bescherming tegen willekeurige vrijheidsontneming vrijwel gelijklopend vastgelegd in de artikelen 9 (artikel 5 EVRM) en 12 (artikel 2 Vierde Protocol EVRM). In de UVRM zijn dat de artikelen 3 en 9.

4.2 Indeling van dit hoofdstuk

In dit hoofdstuk gaat het om de betekenis van de artikelen 5 (vrijheidsontneming) en 2 Vierde Protocol EVRM (vrijheidsbeperking) in de insolventieprocedure en wanneer de bewindvoerder deze dwangmiddelen moet of mag gebruiken. Het gaat daarbij om het onderscheid tussen deze begrippen (4.3) en de relatie tussen deze dwangmiddelen in het burgerlijk recht, het strafrecht en het insolventierecht (4.4); de rechtspersoon en de positie van de bestuurder (4.5); de echtgenoot van de schuldenaar (4.6); wanneer vrijheidsontneming gedurende de insolventieprocedure geoorloofd is (4.7); de procedurele regeling voor inbewaringstelling (4.8), de verhouding tussen artikel 5 lid 5 EVRM en artikel 6 lid 2 EVRM (4.9) vrijheidsontneming gedurende de insolventieprocedure (4.10) en de vrijheidsbeperking gedurende de insolventieprocedure (4.11). Dit hoofdstuk wordt afgesloten met enkele conclusies (4.12).

4.3 Het onderscheid tussen vrijheidsontneming en vrijheidsbeperking

In de insolventieprocedure komt het onderscheid tussen vrijheidsontneming en vrijheidsbeperking naar voren in artikel 87 Fw (in bewaringstelling, verzekerde bewaring, gijzeling of lijfswang)⁴ en in artikel 91 Fw (het niet verlaten van de woonplaats).⁵ Bij inbewaringstelling vindt dag en nacht opsluiting plaats, bij het verbod de woonplaats te verlaten is de bewegingsvrijheid weliswaar beperkt, maar sociaal contact met andere personen en naaste familie blijft, in de eigen omgeving, mogelijk.⁶

⁴ Artikel 87 Fw is laatstelijk gewijzigd bij wetten van 9 december 1993, (Stb. 1993, 725 (i.w.tr. 1 april 1994), Stb. 1994, 573 en 6 december 2001, Stb. 2001, 581 (i.w.tr. 1 januari 2002).

⁵ A. De Lauwere, 'De positie van den krachtens art. 87 Faillissementswet in bewaring gestelde', NJB 1930, p. 69 e.v.; W. Broertjes, 'Nieuwe gezichtspunten voor de faillissementscurator' Adv. bl. 1950, p. 218 e.v.; N.J. Polak, 'In bewaringstelling krachtens de Faillissementswet en het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden', NJB 1978, p. 810 e.v.; T.A.J. Keizer, 'De faillissementsgijzeling nader beschouwd', AAe 1985, p. 593 e.v.

⁶ Zie ook: J.P. Wittop Koning, 'Faillissementsgijzeling: anders dan gewone gijzeling?', NJB 21 mei 1977, p. 531-532; T.A.J. Keizers, 'De faillissementsgijzeling nader be-

Aanvankelijk waren de verplichtingen, waarvoor in een faillissement inbewaringstelling kon worden bevolen, opgenomen in de artikelen 87 lid 1 Fw en artikel 89 (oud) Fw. In artikel 89 (oud) Fw was bepaald dat het verzoek tot inbewaringstelling moest worden toegestaan indien het was gegrond op het, zonder geldige reden, opzettelijk niet nakomen van de verplichtingen die de schuldenaar zijn opgelegd in de artikelen 91 Fw (zonder toestemming verlaten van de woonplaats), 105 Fw (niet-verschaffen van inlichtingen) en 116 Fw (niet bijwonen van de verificatievergadering in persoon, teneinde de nodige inlichtingen te verschaffen), dan wel wegens gegronde vrees voor het niet nakomen van zodanige verplichtingen.⁷ Het kenmerkende van artikel 89 Fw was niet, dat daarin de gronden voor inbewaringstelling limitatief werden opgesomd, maar dat, in de daar genoemde gevallen, het verzoek ‘moest’ worden toegestaan. Het kon ook in andere gevallen, maar die stonden ter beoordeling van de rechter.⁸ Een grond kan zijn dat, indien de schuldenaar zich vrij kan bewegen de mogelijkheid bestaat dat tot de boedel behorende zaken verdwijnen of dat de schuldenaar zich zal schuldig maken aan het misdrijf van bedrieglijke bankbreuk, als bedoeld in artikel 341, aanhef en sub 1 Sr en de inbewaringstelling dient om dat te voorkomen.⁹ De verzekerde bewaring is ook toegestaan om de schuldenaar te dwingen tot het verlenen van medewerking, bestaande uit het geven van een machtiging om de curator in staat te stellen eigendomsrechten uit te oefenen (bijvoorbeeld voor de verkoop van een onroerende zaak in het buitenland) of om te verhinderen dat de schuldenaar Nederland verlaat.¹⁰

Artikel 87 Fw komt in belangrijke mate overeen met artikel 4.1.2 Voorontwerp. Mede gezien haar taak te waken over de belangen van de gezamenlijke schuldeisers kan een verzoek tot inbewaringstelling ook door de schuldeiserscommissie worden gedaan (artikel 4.1.2 lid 1 Voorontwerp). Het bevel tot inbewaringstelling is vatbaar voor hoger beroep.¹¹ De schuldenaar kan

schouwd’, AAe 34 (1985) 11, p. 593-600; E.W. Catz, ‘lijfswang en faillissement’, WPNR 3244; Van Opstall, WPNR 4919-4426.

⁷ Bij wet van 6 december 2001, Stb. 581, i.w.tr. 1 januari 2002, is art. 87 Fw gewijzigd en is art. 89 Fw vervallen. Deze wijzigingen houden verband met de herziening van het procesrecht voor burgerlijke zaken. De regeling van art. 87 e.v. Fw is aangepast aan de nieuwe regeling van het onderwerp lijfswang, als opgenomen in wetsvoorstel 26 855. De rechter heeft volgens de thans geldende tekst van artikel 87 Fw de vrijheid ieder gijzelingsverzoek op zijn merites te beoordelen, terwijl onder art. 89 (oud) Fw dwingend was voorgeschreven dat gijzeling, indien verzocht, in de daar aangeduide gevallen moest plaatsvinden. Zie Kamerstukken II 2000-2001, 27 824, nr. 3, p. 10-11.

⁸ Van der Feltz II, p. 47: ‘Opsomming van de gevallen, waarin het nodig kan zijn, het dwangmiddel aan te wenden, is ondoenlijk. Het zal ook geheel van de omstandigheden afhangen, of het in een gegeven geval wenselijk is. Dit kan ook veilig geschieden. Is er toch gedurende meer dan een halve eeuw ooit gebleken van een verkeerd gebruik van artikel 789 Wetboek van Koophandel.’

⁹ HR 23 december 1976, NJ 1977, 618.

¹⁰ Hof Den Bosch 16 april 1981, NJ 1981, 524.

¹¹ HR 25 juni 1976, NJ 1977, 495 m.nt. W.H.H.

ook ontslag uit de verzekerde bewaring vragen (artikel 88 Fw; artikel 4.1.3 Voorontwerp). Dit is een toepassing van artikel 5 lid 4 EVRM.

Er bestaat een zekere samenhang tussen de artikelen 5 EVRM en 2 Vierde Protocol EVRM. Eenieder is weliswaar een vrij persoon in een vrij land, maar deze vrijheid kan om tal van redenen en op verschillende manieren worden beperkt. Die beperkingen zijn steeds begrijpelijk en veelal in het belang van de burger, ter waarborging of bescherming van zijn eigen grondrechten of die van anderen.¹² Er wordt gesproken van vrijheidsontneming en vrijheidsberoving. Dit betekent hetzelfde en deze termen worden hier door en naast elkaar gebruikt. Het onderscheid is niet scherp en is een kwestie van gradatie.¹³ Er wordt wél onderscheid gemaakt tussen vrijheidsontneming en vrijheidsbeperking. Dit komt overeen met het onderscheid tussen artikel 5 EVRM (vrijheidsontneming) en artikel 2 Vierde Protocol EVRM (vrijheidsbeperking). Ingevolge artikel 2 lid 1 Vierde Protocol EVRM heeft eenieder die zich wettig op het grondgebied van een Staat bevindt, het recht zich daar vrij te verplaatsen en er in vrijheid een woonplaats te kiezen. In artikel 2 lid 2 van dat protocol is eenieder ook vrij welk land ook, met inbegrip van het zijne, te verlaten, maar ingevolge lid 3 en lid 4 van artikel 2 Vierde Protocol EVRM kan de uitoefening van die rechten worden beperkt op ongeveer dezelfde wijze als waarop de rechten in artikel 8 lid 1 EVRM kunnen worden beperkt. Vergelijkbare beperkende bepalingen zijn te lezen in artikel 13 lid 1 en 29 lid 2 UVRM en 12 lid 1 IVBPR. Het recht het land te verlaten, behoudens in de gevallen bij de wet bepaald, is terug te vinden in artikel 2 lid 4 Gw.

Wanneer is er sprake van vrijheidsontneming? Wanneer er van vrijheidsontneming of vrijheidsbeperking sprake is, hangt af van zowel de persoonlijke situatie van de betrokkene als van de omstandigheden waarin deze is geplaatst. Hierbij moet rekening worden gehouden met diverse criteria, zoals het soort maatregel, de duur, het effect en de manier van uitvoering ervan. Het EHRM oordeelde in de zaak Engel en anderen v. Nederland over de vraag of de aan enkele Nederlandse dienstplichtige militairen opgelegde disciplinaire maatregelen in strijd waren met, onder meer, artikel 5 EVRM.¹⁴ Het EHRM bracht een onderscheid aan tussen licht en verzwaard arrest enerzijds en het streng arrest en de indeling bij een disciplinaire eenheid anderzijds. In het geval van licht en verzwaard arrest werden de betrokkenen niet opgesloten en waren ze in staat hun normale dienst te vervullen. Bij zwaar arrest werden de betrokkenen dag en nacht opgesloten in een cel. De lichte en verzwaarde arresten vormden naar het oordeel van het EHRM geen vrijheidsontneming, het streng arrest en de indeling bij een disciplinaire eenheid vormden dat wel, omdat deze sancties de betrokkenen verplichtten zich in een bepaalde ruimte op te houden, zij het dat van echte op-

¹² EHRM 24 oktober 1979, no. 6301/73 (Winterwerp v. Nederland), par. 38.

¹³ EHRM 6 november 1980 no. 7367/76 (Guzzardi v. Italië), par. 92.

¹⁴ EHRM 8 juni 1976, no. 5100/71 e.a. (Engel e.a. v. Nederland), par. 61; NJ 1978, 223; AAe 1977, p. 55, m.nt. E.A. Alkema.

sluiting geen sprake was. In de Guzzardi-zaak kwam het EHRM tot het oordeel dat er in het geval van gedwongen verblijf op een eiland, waar de bewegingsvrijheid tot enkele gebouwen 's nachts en tot een klein gebied van het eiland overdag beperkt was, terwijl de mogelijkheden van sociaal contact met andere personen dan de naaste familieleden zeer beperkt waren, sprake was van vrijheidsontneming.¹⁵ De grenzen zijn echter geenszins duidelijk.¹⁶

4.4 De relatie tussen het burgerlijk recht, strafrecht en insolventierecht

Dwangmiddelen, zoals lijfswang, tot voldoening van een privaatrechtelijke schuld, zijn zo oud als het faillissement zelf en kennelijk steeds nodig geoordeeld.¹⁷ In 1828 zei Beelaerts van Blokland, lid van de Tweede Kamer, over de gijzeling:

‘Zoozeer als de wet beschermend behoort te zijn voor ongelukkige, maar eerlijke schuldenaren, evenzeer moet zij den wettigen schuldeischer beveiligen tegen de list van kwaadwillige schuldenaren, welke er op uit zijn, om zich aan het betalen hunner schulden te onttrekken en tot dat einde hunne goederen verdonkeren en buiten bereik stellen; de persoon van de zoodanige moet door de wet kunnen worden getroffen, omdat zij niets dan hunnen persoon onder het bereik der wet gelaten hebben.’¹⁸

Uit de tekst van artikel 5 EVRM, dat spreekt over ‘indien hij op rechtmatige wijze is gedetineerd’ is in het algemeen af te leiden, dat deze bepaling slechts betrekking heeft op detentie of vrijheidsbeneming op strafrechtelijke gronden. Bij de totstandkoming van de wet tot goedkeuring van het EVRM zijn zowel de regering als de Staten-Generaal ervan uitgegaan, dat de in artikel 5 EVRM toegelaten beperkingen van het recht op persoonlijke vrijheid uitsluitend in de sfeer en op het gebied van het strafrecht liggen.¹⁹ Op grond van artikel 5 lid 1 en onder b EVRM (niet naleven van een door een gerecht gegeven bevel en een door de wet voorgeschreven verplichting) is de vrijheidsbeneming in het Verdrag als dwangmiddel in civielrechtelijke verhoudingen (i.c. bij de faillissementsgijzeling) aanvaard, en er is, met name door het woordgebruik, een strafrechtelijke component, maar met de woorden ‘any charge’ hebben opstellers niet willen formuleren in welke gevallen het toepasselijk is.²⁰ De tekst moet autonoom wor-

¹⁵ (Guzzardi v. Italië), par. 30.

¹⁶ (Guzzardi v. Italië), par. 93.

¹⁷ Ze zijn oorspronkelijk neergelegd in het recht van de XII Tafelen. (legisactio manus iniectioem).

¹⁸ Van den Honert, Handboek voor de burgerlijke rechtsvordering (1839), p. 569.

¹⁹ Wet van 28 juni 1954, Stb. 1954, 335; A.I.M. van Mierlo, Los bl. Rv, Boek II, Titel 5, afd. 1-7.

²⁰ EHRM 21 februari 1990, no. 11509/85 (Van der Leer v. Nederland), NJ 1991, 624, m.nt. EAA, par. 27: ‘The Court is not unmindful of the criminal-law connotation of the words used in Article 5 § 2. However, it agrees with the Commission that they should be interpreted autonomously’, in particular in accordance with the aim and purpose of Article 5,

den uitgelegd. De terminologie kan verwarring scheppen. Men spreekt over lijfswang (artikel 585 Rv) of gijzeling (artikel 592 e.v. Rv) en in (verzekerde) bewaringstelling (artikel 87 Fw en artikel 4.1.2 Voorontwerp), hetgeen civiel-rechtelijk hetzelfde is en op dezelfde wijze wordt uitgevoerd. In het strafrecht spreekt men over in verzekeringstelling (artikel 57 Sv) en voorlopige hechtenis (artikel 67 Sv). Een bevel tot in verzekeringstelling wordt slechts verleend in het geval van een strafbaar feit waarvoor voorlopige hechtenis is toegestaan. Zij worden ook op dezelfde wijze ten uitvoer gelegd. In al deze gevallen speelt artikel 5 EVRM een rol.

4.5 Rechtspersonen en de positie van de bestuurder

Artikel 5 EVRM is niet van toepassing op rechtspersonen. De ontneming van de persoonlijke vrijheid als pressiemiddel tot het nakomen van een veroordelend vonnis is uitsluitend van toepassing op natuurlijke personen, en ook niet op natuurlijke personen als orgaan van de rechtspersoon. Slechts wanneer dit uitdrukkelijk is geregeld in een wetbepaling, dan is lijfswang voor het nakomen van de schuld van een rechtspersoon van toepassing. Zo zegt artikel 20 lid 2 Invoeringswet 1990 dat bij wanbetaling van 'lichamen' in de zin van de Algemene wet inzake rijksbelastingen, lijfswang kan worden toegepast ten aanzien van bestuurders of vereffenaars van die lichamen of, bij ontstentenis, ten aanzien van de laatst afgetreden of ontslagen bestuurders of vereffenaars, tenzij het niet aan hen te wijten is dat de belasting niet is voldaan. Een dwangbevel kan bij rechterlijk vonnis ten uitvoer worden gelegd door lijfswang overeenkomstig de artikelen 585 t/m 600 Rv. Voor de toepassing van artikel 585, onder a Rv, treedt het dwangbevel in de plaats van de in artikel 585, onder a Rv bedoelde vonnissen en beschikkingen. Dit is in de faillissementsprocedure anders. De faillissementsrechtelijke inbewaringstelling van artikel 87 Fw is ook van toepassing op de bestuurders van de in artikel 106 Fw vermelde rechtspersonen. Deze inbewaringstelling heeft echter geen betrekking op het niet betalen van een geldsom, maar is een dwangmiddel om te voldoen aan de inlichtingenplicht. Het is in strijd met de (strekking van de) Faillissementswet om bij aanwezigheid van een bestuurder of daarmee gelijk te stellen persoon, zoals de statutair directeur van de houdstermaatschappij, een ander (aandeelhouder houdstermaatschappij) dan deze, te weten degene die als feitelijk leidinggevende persoon van de dochter moet worden aangemerkt, als bestuurder te horen en ingeval van het niet verschaffen van inlichtingen in verzekerde bewaring te stellen.²¹ Gelet op de strekking van de artikelen 105 en 106 Fw moet worden aangenomen dat de wetgever daarbij in artikel 106 Fw het oog heeft gehad op de personen die ten tijde van de

which are to protect everyone from arbitrary deprivations of liberty. Thus the "arrest" referred to in paragraph 2 of Article 5 extends beyond the realm of criminal-law measures. Similarly, in using the words "any charge" ("toute accusation") in this provision, the intention of the drafters was not to lay down a condition for its applicability, but to indicate an eventuality of which it takes account.'

²¹ Hof Arnhem 4 februari 1992, NJ 1992, 755.

faillietverklaring bestuurders of commissarissen waren, en dat de desbetreffende artikelen hun toepasselijkheid ten aanzien van die personen niet verliezen, indien zij na de faillietverklaring de daarin genoemde hoedanigheden niet meer bezitten.²² Dit standpunt wordt gemotiveerd met een verwijzing naar de strekking van artikel 106 Fw en met het argument dat ontduiking van de inlichtingenplicht anders (zeker voor bestuurders te kwader trouw) wel heel gemakkelijk zou worden, alsmede met een verwijzing naar de Derde Misbruikwet, waarin de aansprakelijkheid van bestuurders in faillissementssituaties ook is uitgebreid tot de feitelijk leidinggevendenden.²³ De strekking van artikel 106 Fw is om te voorkomen dat bij faillissement van een rechtspersoon niemand de verplichtingen van de schuldenaar kan vervullen.²⁴ Aan die strekking wordt geen recht gedaan indien de feitelijk voor de gang van zaken in de rechtspersoon verantwoordelijke personen zich aan deze verplichtingen zouden kunnen onttrekken, door zich op een gunstig gekozen moment als bestuurder te laten uitschrijven of door zich zelfs nimmer als bestuurder te laten inschrijven. Als de schuldenaar een natuurlijke persoon is, is die persoon verplicht de curator alle informatie te verschaffen die hij in de loop van de tijd ter beschikking heeft gekregen en die voor de gang van zaken in het faillissement van nut kan zijn, ongeacht wanneer die informatie beschikbaar is gekomen. Nu diezelfde informatie, als het een rechtspersoon betreft, alleen kan worden ontvangen, vastgelegd en/of doorgegeven via de natuurlijke personen die de rechtspersoon in het maatschappelijk verkeer als bestuurder heeft 'belichaamd', brengt de parallel (met natuurlijke personen) die artikel 106 Fw beoogt, met zich mee dat alle bestuurders die bij de verkrijging en het toegankelijk maken/houden van relevante informatie betrokken zijn geweest, onder de in het artikel omschreven verplichting vallen.²⁵ (Zie ook hoofdstuk 2).

4.6 De echtgenoot van de schuldenaar

De positie van de in gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoot van de schuldenaar is anders geregeld, dan in artikel 106 Fw ten aanzien van de bestuurders is geschied. De artikelen 87 Fw en 91 Fw zijn niet op de echtgenoot of geregistreerd partner van de schuldenaar van toepassing verklaard en de echtgenoot of geregistreerd partner van de schuldenaar zal niet in bewaring kunnen worden gesteld, indien hij niet voldoet aan de hem in artikel 105 lid 2 Fw opge-

²² HR 17 november 1972, NJ 1973, 133.

²³ Losbl. Fw. artikel 106 Fw; Hilverda, p. 82 e.v.; S.C.J.J. Kortmann, 'De curator, de bewindvoerder en de organen van de vennootschap en onderneming', in Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' 1993, p. 121-122.

²⁴ Zie o.a. Hof Arnhem 4 februari 1992, NJ 1992, 755; Rb. Roermond 8 maart 1984, NJ 1985, 348; Rb. Amsterdam 2 februari 1982, NJ 1982, 525; Rb. Den Bosch 9 september 1981, NJ 1982, 131. Rb. Amsterdam 17 november 1982, NJ 1984, 139; HR 11 november 1994, NJ 1995, 151.

²⁵ Conclusie A-G Huydecoper voor HR17 januari 2003, LJN AF0206, nr. 17.

legde verplichting.²⁶ Maar ook al kan de echtgenoot niet in bewaring worden gesteld, er is wel een strafrechtelijke sanctie. De naleving van de verplichtingen in respectievelijk artikel 105 Fw en 106 Fw wordt verzekerd door de strafbepaling in artikel 194 Sr. Deze bepaling zegt dat hij, die in staat van faillissement is verklaard of als echtgenoot in gemeenschap van goederen is gehuwd, maar ook de bestuurder of commissaris van een rechtspersoon, die daartoe wettelijk zijn opgeroepen tot het geven van inlichtingen, hetzij zonder geldige reden opzettelijk wegblijft, hetzij weigert de vereiste inlichtingen te geven, hetzij opzettelijk verkeerde inlichtingen geeft, kan worden gestraft. De hoofdstraffen (gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of een geldboete van de derde categorie) kunnen in combinatie worden uitgesproken, al dan niet met verbeurdverklaring van geldmiddelen en goederen als bijkomende straf (artikel 33 Sr). Strafrechtelijke voorlopige hechtenis is dus niet mogelijk omdat op dit misdrijf geen gevangenis van vier jaren of meer is gesteld (artikel 67 Sv). De faillissementsrechtelijke inbewaringstelling kan wel worden gevorderd en zelfs voor een termijn die langer is dan een jaar.

4.7 Wanneer is vrijheidsontneming geoorloofd (artikel 5 lid 1 sub a t/m f EVRM)?

Artikel 5 EVRM bepaalt dat niemand zijn vrijheid mag worden ontnomen, behalve in de zes gevallen in dat artikel genoemd en dan alleen indien de vrijheidsontneming op rechtmatige en langs wettelijke weg plaatsvindt (artikel 5 lid 1 sub a t/m f EVRM). De opsomming is derhalve limitatief en deze gronden dienen restrictief te worden geïnterpreteerd.²⁷ ‘Rechtmatig’ betekent dat de vrijheidsontneming in overeenstemming moet zijn met de toepasselijke nationale wetgeving en overeenkomstig dat recht moet worden ten uitvoer gelegd. Een vrijheidsontneming in strijd daarmee impliceert een schending van het EVRM.²⁸ Daarenboven moet deze nationale wetgeving in overeenstemming zijn met het EVRM en de algemene principes zoals die daarin zijn opgenomen.²⁹ Dit houdt onder meer in dat de nationale wetgeving inzake vrijheidsontneming aan een aantal kwaliteitsvereisten moet voldoen. Zij moet voldoende helder, nauwkeurig en toegankelijk zijn, zodat de betrokkene kan voorzien welke gevolgen deze

²⁶ Veegens 1909, p. 135; Molengraaff-Star Busmann 1951, (p. 358, noot 1) en HR 25 juni 1976, NJ 1977, 495, m.nt. W.H.H.

²⁷ EHRM 8 juni 1976, no. 5100/71 (Engel e.a. v. Nederland), par. 57; EHRM 18 januari 1978, no. 5310/71 (Ierland v. Verenigd Koninkrijk), par. 194; EHRM 24 oktober 1979, no. 6301/73 (Winterwerp v. Nederland), par. 37.

²⁸ EHRM 21 februari 1990, no. 11509/85 (Van der Leer v. Nederland), par. 23: vrijheidsontneming onrechtmatig geoordeeld omdat niet was voldaan aan een essentieel procedureel vereiste. Een geesteszieke klagster werd in een psychiatrisch ziekenhuis opgesloten zonder dat de bevoegde kantonrechter haar, voorafgaand aan het bevel tot gevangenhouding, had gehoord; EHRM 27 september 1990, no. 5310/71 (Wassink v. Nederland), par. 27: de vrijheidsontneming was onrechtmatig omdat de betrokkene werd gehoord buiten afwezigheid van de griffier.

²⁹ (Winterwerp v. Nederland), par. 45; EHRM 2 september 1998, no. 23807/94 (Erkalo v. Nederland), par. 52.

wetgeving aan zijn handelen verbindt. Hier geldt meer in het algemeen het beginsel van de rechtszekerheid.³⁰ De vrijheidsontneming moet in overeenstemming zijn met het doel van de in artikel 5 lid 1 EVRM opgenomen beperkingen, met name de bescherming van het individu tegen willekeur. Zo is een vrijheidsontneming voor een ander doel dan waarvoor het werkelijk is bestemd willekeurig en daarmee onrechtmatig.³¹ In de insolventieprocedure gaat het voornamelijk om de twee gronden genoemd in artikel 5 lid 1 onder b EVRM.

Inbewaringstelling wegens het niet naleven van een door de rechter gegeven bevel (artikel 5 lid 1 sub b EVRM). De inbewaringstelling heeft hier tot doel om de tenuitvoerlegging van de verplichtingen die uit een gerechtelijk bevel voortvloeien, te garanderen. Zo kan een schuldenaar door de rechter worden bevolen een psychiatrisch of medisch onderzoek te ondergaan,³² en, op voorwaarde dat dit op rechtmatige wijze gebeurt, van zijn vrijheid worden beroofd, indien hij hieraan zijn medewerking niet verleent.³³ Het bevel moet afkomstig zijn van een bevoegde rechtbank en moet ten uitvoer kunnen worden gelegd. Alleen het bevel moet van de rechter uitgaan, de inbewaringstelling hoeft niet noodzakelijkerwijs door de rechter te worden opgelegd, maar kan door het openbaar ministerie worden gelast of uitgevoerd zonder tussenkomst van de rechter.³⁴

Inbewaringstelling wegens het niet nakomen van een wettelijke verplichting (artikel 5 lid 1 sub b EVRM). In dit geval fungeert de inbewaringstelling als een maatregel om de tenuitvoerlegging van de wettelijke verplichting te garanderen. De maatregel is toegestaan indien de betrokkene weigert een concrete en specifieke wettelijke verplichting na te komen. In het faillissement kan hierbij met name worden gedacht aan de wettelijke verplichting informatie aan de curator of rechter-commissaris te verschaffen. Daaronder valt niet de verplichting strafbare feiten niet te begaan.³⁵ Het gaat om ‘to secure the fulfilment of any obligation prescribed by law’.³⁶ Het gaat alleen om gevallen waar de wet iemands inbewa-

³⁰ EHRM 23 september 1998, no. 24839/94 (Steel e.a. v. Verenigd Koninkrijk), par. 53-54: ‘The Commission found that there had been no violation of Article 5 § 1 since the arrests and initial detention had not been arbitrary and there had been no suggestion of any lack of conformity with domestic law.’

³¹ EHRM 29 februari 1988, no. 9106/80 (Bouamar v. België), par. 53.

³² HR 23 december 1983, NJ 1985, 170, m.nt. G en EAA.

³³ ECHR 10 december 1975, no. 6659/74 (X v. Duitsland); ECHR 13 december 1979, no. 8278/78 (X. v. Oostenrijk); ECRM 7 juli 1977, no. 6289/73 (Airey v. Ierland).

³⁴ ECRM 7 oktober 1980, no. 8916/80 (Freda v. Italië).

³⁵ N.J.Polak, ‘Inbewaringstelling krachtens de Faillissementswet en het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden’, NJB 1978, p. 810-815.

³⁶ EHRM 1 juli 1961, no. 332/57 (Lawless e.a. v. Ierland), par. 9 en 12; (Engel e.a. v. Nederland), par. 69: ‘The Court considers that the words “secure the fulfilment of any obligation prescribed by law” concern only cases where the law permits the detention of a person to compel him to fulfil a specific and concrete obligation which he has until then failed to satisfy. A wide interpretation would entail consequences incompatible with the notion of the rule of law from which the whole Convention draws its inspiration’.

ringstelling toestaat teneinde hem te dwingen ‘à exécuter une obligation spécifique et concrète qu’il a négligé jusqu’ici de remplir’. Een ruime interpretatie van deze bepaling zou gevolgen met zich mee kunnen brengen die onverenigbaar zijn met de idee van de rechtstaat waardoor het gehele Verdrag is geïnspireerd. Door een zodanige (te ruime) interpretatie zou inbewaringstelling, bedoeld om een burger te dwingen zijn algemene plicht de wetten te gehoorzamen, zijn gerechtvaardigd. De schuldenaar moet worden gewaarschuwd en hem moet de kans worden geboden om zijn wettelijke verplichting alsnog na te komen. Het mag alleen ten doel hebben dat de verplichting wordt nageleefd en mag nooit de bedoeling hebben iemand te straffen voor gedragingen uit het verleden.

4.8 De procedurele regeling voor inbewaringstelling

De procedurele regeling is opgenomen in artikel 4 lid 2 t/m lid 5 EVRM.

Mededeling. Overeenkomstig artikel 5 lid 2 EVRM heeft eenieder het recht dat hij onverwijld en in een taal die hij verstaat, op de hoogte te worden gebracht van de redenen van zijn arrestatie en van alle beschuldigingen die tegen hem zijn ingebracht. Hij moet weten waarom hij van zijn vrijheid wordt beroofd. Artikel 5 lid 2 EVRM spreekt over ‘arrestatie’, doch dit moet niet alleen in strafrechtelijk verband worden gezien. Het recht uit artikel 5 lid 2 EVRM komt toe aan alle personen die overeenkomstig dit artikel van hun vrijheid zijn beroofd.³⁷ Artikel 5 lid 2 houdt verband met artikel 5 lid 4 EVRM. Hierin heeft degene die zijn vrijheid is ontnomen het recht een voorziening te vragen bij de rechter, zodat deze op korte termijn kan beslissen over de wettigheid van de inbewaringstelling en zijn invrijheidstelling kan bevelen indien de inbewaringstelling onrechtmatig is.³⁸ De gegeven informatie moet voldoende duidelijk en verstaanbaar zijn en moet onverwijld worden verstrekt.³⁹ Welke informatie moet worden verstrekt is sterk afhankelijk van de omstandigheden. De informatie moet volstaan om de inbewaringstelling te rechtvaardigen. De informatieplicht uit artikel 5 lid 2 EVRM is minder streng dan die, voorzien in artikel 6 lid 3, a EVRM. In dit artikel is bepaald dat eenieder die wegens een strafbaar feit wordt vervolgd, het recht heeft onverwijld, in een taal die hij verstaat, en in bijzonderheden, op de hoogte te worden gesteld van de aard en reden van de tegen hem ingebrachte beschuldiging. Beide artikelen streven een

(Golder judgment of 21 February 1975, par. 34). It would justify, for example, administrative internment meant to compel a citizen to discharge, in relation to any point whatever, his general duty of obedience to the law.’; EHRM 6 november 1980, no.7367/76 (Guzzardi v. Italië), par. 101; EHRM 22 februari 1989, no. 11152/84 (Ciulla v. Italië), par 36.

³⁷ EHRM 30 augustus 1990, no. 12244/86 e.a. (Fox, Campbell en Hartley v. Verenigd Koninkrijk), par. 40.

³⁸ EHRM 5 november 1981, no.7215/75 (X. v. Verenigd Koninkrijk), par. 44-46.

³⁹ (Fox, Campbell en Hartley v. Verenigd Koninkrijk), par. 40; EVRM 28 oktober 1994, no. 14310/88 (Murray v. Verenigd Koninkrijk), par. 72; EHRM 5 april 2001, no. 26899/95 (H.B. v. Zwitserland), par. 47.

verschillend doel na. In artikel 5 lid 2 EVRM gaat het om informatie te verstrekken ter rechtvaardiging van de inbewaringstelling, de informatieplicht uit artikel 6 lid 3, a EVRM heeft de bedoeling de beschuldigde in staat te stellen zijn verdediging voor de rechter voor te bereiden. De informatie, bedoeld in artikel 6 EVRM, moet om die reden specifiek en gedetailleerder zijn.⁴⁰ De informatie moet onverwijld worden gegeven. Dit betekent niet dat deze moet worden gegeven op het moment van inbewaringstelling zelf, maar wel binnen een afzienbare periode daarna.⁴¹

Onmiddellijke Voorgeleiding. Artikel 5 lid 3 EVRM bepaalt dat eenieder die gearresteerd is of gevangen gehouden wordt, overeenkomstig artikel 5 lid 1, c EVRM onmiddellijk voor een rechter moet worden geleid of voor een andere autoriteit die door de wet bevoegd is verklaard om de rechterlijke macht uit te oefenen. Artikel 5 lid 3 EVRM is uitsluitend van toepassing op personen die verdacht worden van een misdrijf en overeenkomstig artikel 5 lid 1, c EVRM van hun vrijheid werden beroofd en moet daarom steeds in een strafrechtelijke context worden gesitueerd.⁴² Beide verdragsbepalingen vormen één geheel.⁴³ De termijn waarbinnen men voor de rechter moet worden geleid, is in de jurisprudentie niet uitdrukkelijk bepaald. ‘Onmiddellijk’ is een weinig flexibel begrip dat restrictief moet worden geïnterpreteerd. Algemeen wordt aangenomen dat de termijn maximaal 4 dagen en 6 uur mag belopen.⁴⁴ Afhankelijk van de ernst van het misdrijf waarvan men wordt verdacht kan deze termijn korter zijn.⁴⁵

Recht op voorziening over rechtmatigheid: ‘Habeas Corpus’. Eenieder die door arrestatie of gevangenhouding van zijn vrijheid is beroofd heeft het recht om een voorziening te vragen bij de rechter. Deze moet op korte termijn beslissen over de wettigheid van zijn gevangenhouding en zijn invrijheidstelling bevelen indien de gevangenhouding onrechtmatig is.⁴⁶ Indien de rechter van oordeel is dat de

⁴⁰ Vande Lanotte-Haack, 2-I, p. 332.

⁴¹ EHRM 21 februari 1990, no. 11509/85 (Van der Leer v. Nederland), par. 30-31.

⁴² EHRM 18 december 1996, no. 21987/93 (Akosey v. Turkije), par. 76.

⁴³ EHRM 1 juli 1961, no. 332/57 (Lawless v. Ierland) (no. 3), par. 14.

⁴⁴ EHRM 29 november 1988, no. 11209/84 e.a. (Brogan e.a. v. Verenigd Koninkrijk), par. 59: vier betrokkenen, die verdacht werden van terroristische activiteiten werden respectievelijk 4 dagen en 6 uur, 4 dagen en 11 uur, 5 dagen en 11 uur en 6 dagen en 16,5 uur van hun vrijheid beroofd zonder voor de rechter te worden geleid. Het hof oordeelde in al deze gevallen tot schending van artikel 5 lid 3 EVRM; EHRM 22 mei 1984, no. 8805/79 e.a. (De Jong, Baljet en Van den Brink v. Nederland), par. 52: ten aanzien van drie militairen werd beslist dat een voorarrest van respectievelijk 7, 11 en 6 dagen zonder voor de rechter te worden geleid, in strijd is met artikel 5 lid 3, niettegenstaande de bijzondere vereisten van het militaire leven en militaire rechtspleging; EHRM 28 november 1991, (Koster v. Nederland), par. 25: 5 dagen voorarrest zonder voor een rechter te worden geleid.

⁴⁵ EHRM 16 oktober 2001, no. 37555/97 (O’Hara v. Verenigd Koninkrijk), par. 46, NJCM Bulletin, april/mei 2002, p. 299-301, m.nt. E. Myjer: maximaal 4 dagen.

⁴⁶ EHRM 6 maart 2001, no. 40907/98 (Dougoz v. Griekenland), par. 63-64.

vrijheidsontneming niet rechtmatig is, moet hij de betrokkene onmiddellijk in vrijheid stellen. Dit is ontleend aan het rechtsmiddel van de 'Habeas Corpus'. In tegenstelling tot artikel 5 lid 3, dat uitsluitend van toepassing is op personen die worden verdacht van een misdrijf en overeenkomstig artikel 5 lid 1 van hun vrijheid zijn beroofd, kan artikel 5 lid 4 worden ingeroepen door iedere schuldenaar die om welke reden ook in bewaring is gesteld.

Recht op schadeloosstelling. Eenieder die het slachtoffer is geweest van een arrestatie of inbewaringstelling, in strijd met de bepalingen van artikel 5 EVRM, heeft recht op een schadeloosstelling. In het geval van een van het begin af onrechtmatige detentie geeft artikel 5 lid 5 EVRM een verdragsrechtelijke grondslag voor een civielrechtelijke schadevergoedingsregeling. Artikel 6:162 BW geeft daaraan een uitwerking.⁴⁷ Deze bepaling is een unicum binnen het verdragssysteem. Geen enkele andere verdragsbepaling geeft de betrokkene recht op een schadeloosstelling door de nationale autoriteiten naar aanleiding van een schending van het EVRM.⁴⁸ Traditioneel worden schadevergoedingsregelingen wegens schendingen van mensenrechten volledig overgelaten aan de lidstaat zelf. Dit impliceert voor de betrokkene, die een onrechtmatige detentie heeft ondergaan, het recht om een schadevergoeding te vragen bij de nationale gerechtelijke instantie. In de artikelen 89 Sv en 90 Sv is een regeling opgenomen inhoudende dat, indien een strafzaak eindigt zonder oplegging van straf of maatregel of met een zodanige oplegging, maar op grond van een feit waarvoor voorlopige hechtenis niet is toegelaten, de rechter op verzoek van de gewezen verdachte hem een vergoeding ten laste van de Staat kan toekennen voor de schade welke hij ten gevolge van de ondergane verzekering, observatie of voorlopige hechtenis heeft geleden. Dit gebeurt vanuit het besef dat de overheid bij haar optreden in strafzaken kan mistasten, zonder dat gezegd kan worden dat onrechtmatig is gehandeld. Onder schade is begrepen het nadeel dat niet uit vermogensschade bestaat (artikel 89 lid 1 Sv). Dit is een strafvorderlijke regeling. De schadevergoeding kan bestaan uit een geldbedrag volgens een richtlijn, vastgesteld door de NVvR. Naast de uitbetaling in geld zijn er twee andere vormen van schadevergoeding: de verrekening met geldboeten en andere aan de Staat verschuldigde geldsommen (artikel 90 lid 3 Sv). De schadevergoeding kan ook – geheel of gedeeltelijk – in mindering worden gebracht bij de tenuitvoerlegging van een vrijheidsstraf (artikel 90 lid 4 Sv). De toekenning van een schadevergoeding heeft steeds plaats, indien en voor zover daartoe, naar het oordeel van de rechter, alle omstandigheden in aanmerking genomen, gronden van billijkheid aanwezig zijn (artikel 90 Sv). Deze gronden moeten volgens objectieve, dat wil zeggen controleerbare en voor discussie vatbare maatstaven worden gehanteerd.⁴⁹ Daarbij dienen alle omstandigheden in aanmerking te worden genomen. Zo kan de houding van de gewezen verdachte voor en tijdens de hechtenis van

⁴⁷ HR 2 februari 1993, NJ 1993, 552, m.nt. ThWvW.

⁴⁸ Vande Lanotte en Haeck, 2-I, p. 363 e.v.

⁴⁹ Kamerstukken II 1973/74, 12 132, MvA nr. 6, p. 1.

belang zijn.⁵⁰ Het afleggen van een valse bekentenis op grond waarvan hij in hechtenis werd genomen, kan aan het toekennen van een schadevergoeding in de weg staan.⁵¹ Maar het gebruikmaken van het zwijgrecht niet.⁵² Naast deze strafvorderlijke rechten heeft degene, die meent het slachtoffer te zijn van onrechtmatige vrijheidsontneming, steeds de mogelijkheid met een actie uit onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter volledige schadevergoeding te vorderen.⁵³ Dit houdt mijns inziens in dat een schuldenaar, die meent dat hij ten onrechte of voor een te lange duur op grond van artikel 87 Fw in verzekerde bewaring is gesteld, de rechter kan verzoeken hem een vergoeding ten laste van de Staat toe te kennen. Voor deze procedure is in artikel 89 Sv een regeling gegeven. Het verzoek moet dan worden ingediend binnen drie maanden na de beëindiging van de zaak (artikel 89 lid 3 Sv). Tot toekenning is bevoegd het gerecht dat in feitelijke aanleg over de zaak besliste, het wordt behandeld door de raadkamer, zoveel als mogelijk is, bestaande uit de leden die op de terechtzitting op de zaak hebben gezeten en wordt in het openbaar behandeld (artikel 89 lid 4 en lid 5 Sv). In geval van artikel 87 Fw zal de raadkamer in elk geval moeten bestaan uit onpartijdige rechters en dus niet de rechters die de schuldenaar in verzekerde bewaring hebben gesteld.⁵⁴ Het EHRM heeft artikel 6 lid 1 EVRM in de Masson en Van Zon-zaak overigens niet op de onderhavige schadevergoedingsprocedure van toepassing geoordeeld.⁵⁵ Dit komt omdat het EVRM een van een strafbaar feit verdacht persoon die vrijgesproken wordt, geen recht geeft op vergoeding van proceskosten of op vergoeding van de schade veroorzaakt door zijn wettige detentie. De artikelen 89 lid 1 en 591a lid 2 Sv geven de rechter de bevoegdheid tot het toekennen van schadevergoeding wegens ondergane voorlopige hechtenis, respectievelijk tot toekenning van bepaalde kosten. In tegenstelling tot artikel 591 lid 1 en 591a lid 1 Sv is de rechter hier niet verplicht de gevraagde bedragen toe te kennen als de in deze artikelen genoemde voorwaarden vervuld zijn. Bovendien bepaalt artikel 90 lid 1 Sv dat een toekenning van schadevergoeding op grond van artikel 89 Sv plaatsvindt, indien en voor zover daartoe, naar het oordeel van de rechter, alle omstandigheden in aanmerking genomen, gronden van billijkheid aanwezig zijn. Het geven van een dergelijke beoordelingsvrijheid aan een publieke autoriteit duidt er volgens het Hof op dat er in Nederland door het nationale recht geen daadwerkelijk recht op vergoeding van deze schade erkend wordt. Bovendien wijst het Hof op de jurisprudentie van de Hoge Raad waaruit blijkt dat een vrijspraak op zichzelf de voorlopige hechtenis niet met terugwerkende kracht onrechtmatig maakt. Een recht op volledige

⁵⁰ Rb. Den Bosch 21 maart 1960, NJ 1961, 80; Hof Den Haag 14 november 1967, NJ 1969, 149.

⁵¹ HR 7 april 1989, NJ 1989, 532; HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 793 m.nt. AJHS.

⁵² F.B. Bakels, 'Iets over de art. 89 en 90 Sv', NJB 1991, p. 287-294.

⁵³ HR 2 februari 1993, NJ 1993, 552 m.nt. ThWvV.

⁵⁴ EHRM 26 oktober 1984, no. 9186/80 (De Cubber v. België), NJ 1988, 744, m.nt. EAA.

⁵⁵ EHRM 28 september 1995, no. 15346/89 e.a. (Masson en Van Zon v. Nederland), NJ 1995, 726.

schadevergoeding (via de burgerlijke rechter) bestaat alleen in het geval van onrechtmatige detentie.⁵⁶

In artikel 5 lid 5 EVRM is geen beperking tot een schadevergoeding naar billijkheid te lezen. De regeling van de artikelen 89 Sv en 90 Sv is daarmee echter niet in strijd omdat steeds de weg naar de burgerlijke rechter openstaat. Daartoe doet niet ter zake dat hij zijn schade moet aantonen.⁵⁷ Deze bepaling lijkt op het eerste gezicht overbodig naast de algemene bepaling inzake de billijke genoegdoening van artikel 41 EVRM. Het verschil is dat het EVRM een bevoegdheid aan het Hof verleent, terwijl artikel 5 lid 5 EVRM een recht toekent jegens de nationale overheid, waarvan de schending afzonderlijk voorwerp van een klacht kan vormen en dan vervolgens tot toepassing door het Hof van artikel 41 EVRM kan leiden.⁵⁸

4.9 De verhouding tussen artikel 5 lid 5 EVRM en artikel 6 lid 2 EVRM

De vraag is of het niet toekennen van schadevergoeding, indien geen straf of maatregel wordt opgelegd, in strijd komt met artikel 6 lid 2 EVRM. Artikel 6 lid 2 EVRM, maar ook artikel 14 lid 2 IVBPR, zegt dat eenieder tegen wie een vervolging is ingesteld, voor onschuldig wordt gehouden tot zijn schuld in rechte is komen vast te staan (de *presumptio innocentiae*). Artikel 6 lid 2 EVRM komt na een onherroepelijke veroordeling niet meer aan de orde.⁵⁹ Zo uit de stukken, betreffende de niet met bewezenverklaring geëindigde strafzaak niet van de onschuld van een verdachte en daarmee van het ongefundeerd zijn van de verdenking blijkt, is de verdachte voor het verkrijgen van schadevergoeding ter zake het gebruik van strafvorderlijke dwangmiddelen aangewezen op de mogelijkheden die de artikelen 89 Sv tot en met 93 Sv, 591Sv en 591a Sv hem bieden.⁶⁰ De schadevergoedingsvordering is een civiele vordering op de behandeling waarvan niet de strafrechtelijke normen van toepassing zijn, maar de gewone bewijsregels van het burgerlijk procesrecht.⁶¹ Als er een redelijke verdenking was, hetgeen de nationale rechter op grond van artikel 5 lid 1 sub c EVRM moet nagaan, mag de rechter daarop zijn afwijzing van het verzoek tot schadevergoeding baseren.⁶² De rechter mag deze afwijzing echter niet baseren op de vaststelling dat de verdachte toch schuld had, omdat dat in strijd is met artikel 6 lid 2

⁵⁶ (Masson en Van Zon v. Nederland), par. 51 (2): 'Finally, the Court cannot overlook the relevant rulings of the Netherlands Supreme Court, in particular that of 2 February 1993, NJ 1993, no. 552, and that of 29 April 1994, RvdW 1994, no. 104. Admittedly, as the applicants argued, the Supreme Court's case-law has created a measure of jurisdiction in the matter for the civil courts.'

⁵⁷ EHRM 27 september 1990, no. 12535/86 (Wassink v. Nederland), NJ 1991, 625.

⁵⁸ Van Dijk-Van Hoof 2006, p. 508.

⁵⁹ (Masson en Van Zon v. Nederland), NJ 1995, 726.

⁶⁰ HR 23 december 1994, NJ 1995, 512.

⁶¹ HR 12 juni 1999, NJ 1999, 99, m.nt. ARB.

⁶² EHRM 26 januari 1999, no. 38087/97 (Hibbert v. Nederland).

EVRM.⁶³ Dit levert een zekere inconsistentie op, zeker als er enerzijds onvoldoende schuld is om de verdachte te veroordelen, maar een vergoeding toch achterwege blijft omdat er anderzijds toch wel voldoende schuld was. In de Baars-zaak, werd het verzoek om financiële compensatie door het gerechtshof afgewezen, ondermeer met de overweging dat uit de zaak van een medeverdachte volgde dat de klager samen met deze medeverdachte het strafbare feit wel had gepleegd. De klager werd echter niet veroordeeld omdat het openbaar ministerie niet ontvankelijk was verklaard. De rechter oordeelde dat de klager met grote waarschijnlijkheid wel zou zijn veroordeeld, indien het openbaar ministerie wel ontvankelijk was verklaard. Het EHRM oordeelde hier, onder verwijzing naar de Minelli en Lutz-zaken, dat er in dit geval sprake was van een schending van artikel 6 lid 2 EVRM.⁶⁴ Het gerechtshof had de klager in wezen schuldig verklaard.⁶⁵ In de Minelli-zaak speelde hetzelfde. De heer Minelli werd niet veroordeeld omdat de verjaringstermijn was verstreken. Toch kreeg hij geen vergoeding, omdat de rechter tot de conclusie kwam dat hij 'zeer waarschijnlijk' wel zou zijn veroordeeld, indien de verjaringstermijn niet zou zijn verstreken. Dit was ook een schending van artikel 6 lid 2 EVRM.

4.10 Vrijheidsontneming gedurende de insolventieprocedure

Aard van de maatregel. De inbewaringstelling dient geen punitief karakter te hebben, doch slechts ertoe te strekken de naleving van de op de schuldenaar rustende verplichtingen te verzekeren (vgl. artikel 5 lid 1, onder b, EVRM), daaronder mede begrepen het verhinderen van (verdere) niet-naleving daarvan. Sedert 1 januari 2002 is de tot die datum geldende en verouderde regeling gewijzigd. Het gijzelingsbesluit⁶⁶ is ingetrokken.⁶⁷ In het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is een nieuwe regeling opgenomen van het onderwerp lijfswang. De oude regeling is daarbij gemoderniseerd. Lijfswang (of gijzeling) is de bij vonnis aan de eiser verleende bevoegdheid de veroordeelde in hechtenis te doen nemen zolang deze niet aan een veroordelend vonnis voldoet (vijfde titel: 'Van lijfswang en deszelfs tenuitvoerlegging en van dwangsom' (artikelen 585-611 Rv). Het zijn 'zijdelingse dwangmiddelen' om de nakoming van een verplichting te verzekeren.⁶⁸ Lijfswang kan worden bevolen bij alle veroordelingen tot iets anders dan de betaling van geld, tot betaling van alimentatie en tot verhaal krachtens de Algemene Bijstandswet (artikel 585 Rv). De kosten van de gijzeling komen ten laste van de schuldeiser (artikel 597 Rv). Indien de schuldenaar in zijn weigerachtige houding volhardt zal de gijzeling in de regel weer

⁶³ EHRM 25 augustus 1993, no.13126/87 (Sekanina v. Oostenrijk), par. 30, NJ 1994, 1.

⁶⁴ EHRM 25 augustus 1987, no.9912/82 (Lutz v. Duitsland), NJ1988, 938, m.nt. EAA en EHRM 25 maart 1983, no. 8660/79 (Minelli v. Zwitserland), NJ 1986, 698, m.nt. EAA.

⁶⁵ EHRM 28 oktober 2003, no. 44320/98 (Baars v. Nederland) NJ 2004, 261 m.nt. EAA.

⁶⁶ Gijzelingsbesluit van 26 september 1928, Stb. 1928, 382.

⁶⁷ Besluit van 23 februari 1993, tot wijziging van de regels betreffende tenuitvoerlegging van gijzeling.

⁶⁸ HR 4 oktober 1957, NJ 1957, 626.

worden opgeheven, indien de voortzetting ervan niet meer gerechtvaardigd wordt door het belang dat met toepassing wordt gediend. Voortzetting zou onder die omstandigheden het karakter van strafoplegging krijgen. Het is een belangenafweging.⁶⁹ Hoewel dat lang geleden is, kon een schuldenaar vroeger ook wegens het niet betalen van een geldsom in gijzeling worden genomen.⁷⁰ Dit behoort thans niet meer tot de mogelijkheden maar het is nog steeds mogelijk ter zake van andere obligatoire verplichtingen, voor zover de schuldenaar in staat is aan de verplichting, waarvoor tenuitvoerlegging bij lijfswang wordt verlangd, kan voldoen (artikel 588 Rv). Dit komt overeen met artikel 1 van het Vierde Protocol, dat zegt dat niemand van zijn vrijheid mag worden beroofd op de enkele grond dat hij niet in staat is een contractuele verplichting na te komen.

Duur van de inbewaringstelling. De inbewaringstelling kan in eerste instantie voor maximaal dertig dagen worden bevolen (artikel 87 lid 3 Fw, artikel 4.1.2 lid 3 Voorontwerp). De dag van tenuitvoerlegging van het bevel tot inbewaringstelling moet worden meegerekend bij de bepaling van de aanvang van de termijn.⁷¹ Aangenomen moet worden dat het in artikel 87 lid 1 Fw bedoelde bevel uitvoerbaar bij voorraad is.⁷² De 30-dagen termijn uit artikel 87 lid 3 Fw bestond vroeger nog niet. Een soortgelijke bepaling ontbrak reeds in artikel 789 Wetboek van Koophandel. De termijn was niet beperkt, maar toen werden reeds bezwaren geopperd tegen 'een voorschrift, waarbij, zonder aanvoering van redenen en zonder tijdsbepaling tot inbewaringstelling wordt gemachtigd'. De regering achtte echter 'opsomming van de gevallen, waarin het nodig kan zijn, het dwangmiddel aan te wenden, ondoenlijk', maar ging ertoe over het bevel voor niet langer dan dertig dagen geldig te rekenen vanaf de dag waarop het ten uitvoer is gelegd.⁷³ De rechter moet zich door deze bepaling telkens opnieuw rekschap te geven over de wenselijkheid en de noodzakelijkheid, de bewaring van de schuldenaar te doen voortduren.

Verlenging van de duur. Na afloop van de (eerste) termijn van dertig dagen kan de rechtbank, op voordracht van de rechter-commissaris of op een verzoek en na verhoor, het bevel steeds voor ten hoogste dertig dagen verlengen (artikel 87 lid 3 Fw). Dit artikel derogeeert aan de algemene regeling van artikel 589 lid 1 Rv.⁷⁴ Uit de wetsgeschiedenis blijkt, dat het daarom niet nodig is geoordeeld om in de

⁶⁹ Hof Den Haag 8 juni 1995, KG 1995, 311.

⁷⁰ Menig kind zal niet hebben begrepen waarom de arme Remi en Capi, na Vitali's dood, het huis van de familie Acquin met Acquin's kinderen moesten verlaten, omdat hagelstenen, zo groot als duiveneieren, de kassen hadden vernietigd en de heer Acquin vijf jaar de gevangenis in moest, alleen omdat hij zijn lening niet kon terugbetalen. Hector Malot, *Alleen op de wereld*, 1878. De processuele regeling van de gijzeling (*contrainte par corps*); *emprisonnement* in de *Code civil français* was toen echter reeds (in 1793) afgeschaft, maar opnieuw ingevoerd in 1867 gezien de grote financiële schandalen die Frankrijk toen teisterden (Lamy, *Droit de l'exécution forcée*, novembre 2005, no. 630-1).

⁷¹ Rb. Rotterdam 2 januari 1990, NJ 1991, 758.

⁷² HR 11 december 1981, NJ 1983, 349, m.nt. BW.

⁷³ Molengraaff-Star Busmann 1951, p. 350.

⁷⁴ Parl. Gesch. Herziening Burgerlijk Procesrecht, p. 512.

Faillissementswet een maximale tijdsduur voor de verzekerde bewaring van de schuldenaar op te nemen. Omdat krachtens artikel 87 lid 3 Fw het bevel slechts een tot dertig dagen beperkte geldigheidsduur heeft, zal de rechter na afloop daarvan opnieuw moeten nagaan of voor verlenging goede grond bestaat.⁷⁵ Dit brengt, in verband met artikel 5 EVRM, mee dat de rechter die over het verzoek tot verlenging moet oordelen, niet enkel moet nagaan of op basis van de stand van zaken ten tijde van zijn beschikking grond bestond voor inbewaringstelling, maar daarenboven, ook indien het gaat om een geval als bedoeld in artikel 89 Fw, moet onderzoeken of op die grond een voortgezette inbreuk op persoonlijke vrijheid van de schuldenaar nog steeds rechtvaardigt.⁷⁶ Daartoe zal de rechter telkens dit recht op persoonlijke vrijheid – dat naarmate de vrijheidsbeneming langer duurt, zwaarder gewicht in de schaal legt – moeten afwegen tegen de bij de inbewaringstelling betrokken belangen.⁷⁷ Zo kwam het hof Den Haag tot het oordeel dat het van een groot financieel en gewichtig maatschappelijk belang is voor de schuldeisers in een faillissement, dat de schuldenaar c.q. de bestuurder van een gefailleerde vennootschap, hun wettelijke verplichting tot het verlenen van behoorlijke medewerking aan de afwikkeling van het faillissement, door het ter beschikking stellen aan de curator van een volledige administratie en het verstrekken van inlichtingen aan de curator en de rechter-commissaris, nakomen. Dit werd zo zwaarwegend geacht dat ook na 13 maanden een voortgezette inbreuk op het recht van persoonlijke vrijheid – hoe zwaar ook – gerechtvaardigd is.⁷⁸

De inbewaringstelling kan aansluitend aan de voorlopige hechtenis worden ondergaan in een tegen de schuldenaar aanhangige strafzaak. En ook al heeft deze voorlopige hechtenis langer dan 14 maanden geduurd, dan nog kunnen de belangen van schuldeisers, en het gewichtig maatschappelijk belang dat de schuldenaar zijn medewerking verleent, zwaarder wegen dan de voortgezette inbreuk op het recht van persoonlijke vrijheid, tenzij dit disproportioneel is.⁷⁹ Zie hiervoor ook (Reiner v. Bulgarije):

‘Even where a restriction on the individual’s freedom of movement was initially warranted, maintaining it automatically over a lengthy period of time may become a disproportionate measure violating the individual’s rights’.⁸⁰

⁷⁵ Zie artikel 589 Rv: ‘De tenuitvoerlegging van de lijfswang duurt ter zake dezelfde verplichting ten hoogst een jaar.’

⁷⁶ HR 22 juli 1991, NJ 1991, 766.

⁷⁷ HR 2 december 1983, NJ 1984, 306 m.nt. G. Omdat het Hof ten onrechte zijn bekrachtiging van de verlenging van het bevel tot inbewaringstelling niet op deze afweging had gebaseerd werd de beschikking vernietigd en verwezen naar een ander hof.

⁷⁸ Hof Den Haag 29 maart 1984, NJ 1984, 400.

⁷⁹ Hof Den Haag 12 september 1986, NJ 1988, 477; Zie ook Hof Arnhem 3 februari 1987, NJ 1988, 269.

⁸⁰ EHRM 23 mei 2006, no. 46343/99 (Reiner v. Bulgarije); Zie ook EHRM 26 januari 1993 no. 14379/88 (W. v. Zwitserland).

Wijze van ten uitvoerlegging. Inbewaringstelling van de schuldenaar wordt geregeld in de Penitentiaire Beginselenwet.⁸¹ Hierin wordt onderscheid gemaakt tussen vrijheidsstraffen en vrijheidsbenemende maatregelen. Deze laatste maatregelen zijn onder meer gijzeling en lijfswang (artikel 1 t Penitentiaire Beginselenwet).⁸² Een gedetineerde is een persoon ten aanzien van wie de tenuitvoerlegging van een vrijheidsstraf of vrijheidsbenemende maatregel in een inrichting plaatsvindt. Een inrichting is een penitentiaire inrichting als is bedoeld in artikel 8 lid 2 Penitentiaire Beginselenwet. Inrichtingen zijn te onderscheiden in huizen van bewaring en gevangenissen. Een huis van bewaring is bestemd voor gegijzelden. De kosten van de faillissementsrechtelijke inbewaringstelling worden ten laste van het Rijk gebracht, en niet ten laste van de boedel.⁸³ De inbewaringstelling kan plaatsvinden hetzij in een huis van bewaring, hetzij in zijn eigen woning onder het opzicht van een ambtenaar, aangesteld voor de uitvoering van de politietaken, of een andere ambtenaar, voor zover die ambtenaar behoort tot een categorie die daartoe door de Minister van Justitie is aangewezen. Indien de gijzeling in de eigen woning (van de schuldenaar) plaatsvindt, dan is er geen sprake van vrijheidsbeneming in de zin van artikel 5 EVRM.⁸⁴ Deze maatregel wordt overigens weinig toegepast.⁸⁵ Het huis van bewaring of de eigen woning wordt de 'bewaarplaats' genoemd (artikel 90 Fw). Maatregelen die in deze inrichtingen van toepassing zijn, zoals ten aanzien van het verzenden of het ontvangen van post, zelfs post van en naar de raadsman en ontvangen van bezoek staan ter beoordeling van de gevangenisautoriteiten.⁸⁶ De schuldenaar kan voorts worden onderworpen aan alle beperkingen welke van toepassing zijn op degene die in verzekerde bewaring is gesteld. Hij mag wel contacten onderhouden met zijn raadsman, de curator en de rechter-commissaris in zijn faillissement.⁸⁷

De vrijheidsberoving, waarvan hier sprake is, mag als straf noch lijfswang worden beschouwd.⁸⁸ Het is een dwangmiddel, dat de strekking heeft te voorkomen dat de schuldenaar zich ten nadele van de bereddering van de boedel aan alles onttrekt en zich, in strijd met zijn plichten als schuldenaar, aan niets meer gelegen laat liggen. Het is daarmee een dwangmiddel tegen plichtsverzuim, indien de schuldenaar zich opzettelijk verwijdt of weigert de verplichtingen,

⁸¹ Wet van 18 juni 1988, Stb. 430.

⁸² Vrijheidsbenemende maatregel: voorlopige hechtenis, vreemdelingenbewaring, gijzeling, lijfswang, terbeschikkingstelling met bevel tot verpleging, plaatsing in een inrichting voor stelselmatige daders en vrijheidsbeneming die op andere dan gronden, waarmee wordt bedoeld een vrijheidsstraf: gevangenisstraf, (vervangende) hechtenis, militaire detentie en (vervangende) jeugddetentie, plaatsvindt.

⁸³ Richtlijn Ministerie van Justitie van 10 mei 1910.

⁸⁴ EHRM 8 juni 1976, no. 5100/71 e.a. (Engel e.a. v. Nederland), par. 58, NJ 1978, 223, m.nt. Meuwissen onder NJ 1978, 224; EVRM 22 februari 1994, no. 12954/87 (Raimondo v. Italië), par. 39-40.

⁸⁵ HR 25 juni 1976, NJ 1977, 495 m.nt. WHH.

⁸⁶ Rb. Amsterdam 25 november 1949, NJ 1950, 320.

⁸⁷ Rb. Haarlem 23 februari 2006, LJN AV4836.

⁸⁸ Molengraaff - Star Bussmann 1951, p. 356.

hem in het belang der schuldeisers opgelegd, na te komen.⁸⁹ Deze opvatting leidde tot, de in artikel 789 W.v K. voorkomende woorden: ‘in een huis van gijzeling’, welke tot verkeerde gevolgtrekkingen omtrent het karakter van de maatregel aanleiding konden geven, te vervangen door de meer neutrale uitdrukking: ‘huis van bewaring’. De inbewaringstelling is geen straf, zij is evenmin een middel tot verzekering van een strafvervolgning. Het heeft daarom niets met preventieve hechtenis te maken, en mag ook niet als surrogaat daarvan worden gebruikt.⁹⁰

Vooraf horen van de schuldenaar. Artikel 4.1.2 lid 2 Voorontwerp zegt dat voorafgaand aan het geven van het bevel de schuldenaar daarover slechts dan wordt gehoord indien niet te vrezen valt dat hij de uitvoering van het bevel zal frustreren. Is de schuldenaar niet tevoren gehoord, dan wordt hij onmiddellijk na de tenuitvoerlegging van het bevel alsnog gehoord. Het horen van de schuldenaar zoals opgenomen in het Voorontwerp, is nieuw ten opzichte van artikel 87 Fw, waarin dit niet is opgenomen. De verplichting om de schuldenaar steeds tevoren te horen, althans op te roepen, is ook niet als algemene regel in het Voorontwerp opgenomen, maar deze verplichting bestaat wel, indien er geen gevaar bestaat dat de schuldenaar het dwangbevel zal frustreren. Of dat zo is zal de rechtbank aan de hand van de omstandigheden van het geval moeten beoordelen. Is de schuldenaar niet gehoord, althans opgeroepen, dan dient de rechtbank hem ‘onmiddellijk’ (vgl. artikel 5 lid 3 EVRM) na de tenuitvoerlegging van het bevel tot inbewaringstelling alsnog te horen en hem zo nodig, met toepassing van artikel 4.1.3 lid 3 Voorontwerp, uit de bewaring te ontslaan.⁹¹

Ingevolge de Faillissementswet kan de rechtbank de schuldenaar reeds bij vonnis van faillietverklaring in bewaring doen stellen. Na insolventverklaring kan dat alleen op voordracht van de rechter-commissaris dan wel op verzoek van de curator of één of meer schuldeisers. In het laatste geval wordt de rechter-commissaris gehoord. De rechtbank is vrij om inbewaringstelling te gelasten. Men vond dat het met de aard van het dwangmiddel niet strookt om als hoofdregel voorop te stellen dat de schuldenaar vooraf moet worden gehoord of worden opgeroepen. Artikel 5 lid 3 EVRM schrijft dit ook niet voor. De schuldenaar zou te zeer de gelegenheid hebben om de werking van het dwangmiddel, door vlucht of anderszins, te frustreren. Dit brengt met zich mee dat, al gaat het hier om een voor de schuldenaar belangrijke beslissing daar de inbewaringstelling een inbreuk op persoonlijke vrijheid oplevert, een verplichting van de rechtbank om de schuldenaar van tevoren te horen althans op te roepen alleen kan worden aangenomen als het voormelde ongewenste

⁸⁹ Van der Feltz II, p. 45.

⁹⁰ Molengraaff- Star Busmann 1951, p. 357. (Molengraaff zou de term ‘lijfswang’ hier niet in de heden ten dage gangbare betekenis hebben gebruikt, omdat naar huidige spraakgebruik het juist wel een – geoorloofde – vorm van lijfswang betreft. (Zie conclusie A-G Huydecoper voor HR17 januari 2003, LJN AF0206, nr. 24).

⁹¹ Zie HR 19 januari 1990, NJ 1991, 212.

effect niet valt te duchten. Of aan die voorwaarde is voldaan, zal de rechtbank in het licht van de omstandigheden van het geval hebben te beoordelen. Het belang van de beslissing brengt echter, mede gezien artikel 5 lid 3 EVRM, met zich mee dat tevens moet worden aangenomen dat de rechtbank de schuldenaar, indien hij niet van tevoren is gehoord althans opgeroepen, ‘onmiddellijk’ (in de zin van laatstgenoemde bepaling), na de tenuitvoerlegging van het bevel tot inbewaringstelling dient te horen.⁹² Teneinde niet in strijd te komen met het EVRM heeft Polak de aanbeveling gedaan dat de rechter, die ingevolge artikel 87 Fw een bevel geeft dat de schuldenaar in bewaring wordt gesteld, steeds gelast dat binnen vier dagen na de tenuitvoerlegging van het bevel de schuldenaar voor de rechter wordt geleid die het bevel gaf of voor de rechter-commissaris in het faillissement, om te worden gehoord.⁹³ Dit lijkt echter alleen nodig indien de schuldenaar nog niet eerder is gehoord.

Einde van en ontslag uit de inbewaringstelling. Na afloop van de termijn van 30 dagen moet de schuldenaar in vrijheid worden gesteld, tenzij de termijn wordt verlengd. De rechtbank heeft de bevoegdheid, op voordracht van de rechter-commissaris de schuldenaar uit de verzekerde bewaring te ontslaan, met of zonder zekerheidstelling. Ook de schuldenaar zelf kan dit verzoeken. De curator kan het alleen via de rechter-commissaris. De wetgever achtte dit voldoende, omdat volgens het wettelijk systeem alleen de rechter-commissaris voordrachten aan de Rechtbank doet.⁹⁴ In verband met het feit dat de bewindvoerder eveneens bevoegd is tot het doen van een verzoek tot bewaring en verlenging van de bewaring (artikel 4.1.2 leden 1 en 3 Voorontwerp, vgl. artikel 87 leden 1 en 3 Fw), is de bewindvoerder ook in artikel 4.1.3 Voorontwerp opgenomen. Verder is ook de schuldeiserscommissie bevoegd om ontslag uit de bewaring te verzoeken, en ook zij is in artikel 4.1.2 Voorontwerp opgenomen. De schuldenaar moet dan te allen tijde op de eerste oproeping verschijnen (artikel 88 lid 1 Fw). Het bedrag van deze zekerheidstelling valt in de boedel indien hij niet verschijnt (artikel 88 lid 2 Fw). Deze bepaling is overgenomen in artikel 4.1.3 Voorontwerp. Ook al wordt hier gesproken over een bevoegdheid van de rechtbank het bevel op te heffen, toch brengt een redelijke wetstoepassing met zich mee dat die mogelijkheid reeds bestaat, ook als dit bevel nog niet ten uitvoer is gelegd, indien de gronden waarop het bevel werd gegeven zich niet meer voordoen. Dit zou anders tot de onaanvaardbare consequentie leiden, dat de schuldenaar eerst in verzekerde bewaring moet worden genomen alvorens hij er zich op kan beroepen dat de gronden waarop het bevel werd gegeven zich niet

⁹² HR 19 januari 1990, NJ 1991, 212 m.nt. EEA onder NJ 1999, 213; zie ook Rb. Roermond 7 december 1989, NJ 1990, 648: ‘Uit de tekst van artikel 5 EVRM volgt dat onmiddellijke voorgeleiding niet hoeft plaats te vinden in het onder lid 1 sub b van genoemd artikel bedoelde geval, dat hier aan de orde is. Evenmin is in casu gebleken dat sprake is van een onredelijke vertraging’.

⁹³ N.J. Polak, ‘Inbewaringstelling krachtens de Faillissementswet en het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden’, NJB 1978, p. 810-815.

⁹⁴ Van der Feltz II, artikel 88 Fw.

meer voordoen.⁹⁵ Tegen de beslissing van de rechtbank staat hoger beroep en cassatieberoep open. Een vordering tot ontslag uit de inbewaringstelling kan niet worden gedaan tegen de Staat der Nederlanden, de curator of de rechter-commissaris. De curator is niet bevoegd aan een eventueel veroordelend vonnis te voldoen en de rechter-commissaris kan in gijzeling niet als procespartij optreden. Het ontslag op grond van artikel 87 Fw wordt door de rechtbank verleend, zodat een vordering tegen de Staat moet worden afgewezen.⁹⁶ Het verzoek tot ontslag uit bewaring moet worden genomen met in achtname van artikel 6 lid 1 EVRM.

Schorsing van de inbewaringstelling. Hoewel de Faillissementswet de mogelijkheid van een schorsing (onder voorwaarden) van een gijzeling niet met zoveel woorden openstelt, acht A-G Vranken deze niet zonder meer ongeoorloofd. Een schorsing (onder voorwaarden) kan toelaatbaar zijn in situaties dat dwang weliswaar nog steeds nodig is, maar niet zo ver behoeft te gaan als de vrijheidsberovende gijzeling. Vrijheidsberoving teneinde een schuldenaar tot medewerking te verplichten bij de afwikkeling en het beheer van de boedel dan wel om diens tegenwerking te 'neutraliseren', is een uiterst middel dat ook alleen maar in uiterste gevallen mag worden ingezet. Zodra een minder vergaande maatregel ook voldoende is, dient daaraan de voorkeur te worden gegeven. Zo'n minder vergaande maatregel zal kunnen worden overwogen zodra de rechter het vertrouwen heeft dat de betrokkene de vereiste medewerking zal verlenen of zal ophouden de curator tegen te werken. Heeft de betrokkene daarentegen in woord of houding duidelijk gemaakt dat hij het een niet zal doen en/of het ander niet zal laten, dan zal de rechter geen andere keuze hebben dan de gijzeling te laten voortduren.

Het voorgaande houdt tegelijk de beperkingen in van de mogelijkheid om (onder voorwaarden) te schorsen. De eerste is dat een schorsing (onder voorwaarden) niet mag worden opgelegd indien de omstandigheden zo zijn dat de gijzeling moet worden opgeheven. Of misschien beter geformuleerd: vereist is dat de omstandigheden nog steeds zodanig zijn dat een voortzetting van de gijzeling gerechtvaardigd zou zijn. De tweede beperking houdt in dat een schorsing (onder voorwaarden) niet mag resulteren in een situatie die voor de betrokkene nog dieper ingrijpt dan een gijzeling. In het bijzonder bij de op te leggen voorwaarden moeten deze grenzen bewaakt worden.⁹⁷

De keerzijde van de insolventie. Een vonnis van faillietverklaring heeft tot gevolg dat de tenuitvoerlegging op enig deel van het vermogen een einde neemt en dat geen vonnis bij lijfswang kan worden ten uitvoer gelegd. Indien de schuldenaar zich in gijzeling bevindt, wordt hij daaruit ontslagen, zodra het vonnis van faillietverklaring in kracht van gewijsde is gegaan, behoudens toe-

⁹⁵ HR 15 juli 1985, NJ 1985, 855.

⁹⁶ Pres. Rb. Den Haag, 5 oktober 1989, KG 1989, 424.

⁹⁷ Conclusie voor HR 20 januari 1995, NJ 1995, 273.

passing van artikel 87 Fw. Voor de invloed van faillissement, surseance van betaling en WSNP op de lijfswang, zie de artikelen 33 lid 3 en 4 Fw, art. 230 lid 2 Fw resp. 302 Fw. Dit geldt niet voor lijfswang bij vonnissen, beschikkingen en authentieke akten waarbij een uitkering tot levensonderhoud, krachtens Boek 1 BW verschuldigd, daaronder begrepen het verschuldigde voor de verzorging en opvoeding van een minderjarige en voor levensonderhoud en studie van een meerderjarige die de leeftijd van een en twintig jaren niet heeft bereikt, is bevolen of toegezegd, alsmede beschikkingen waarbij een uitkering, krachtens artikel 1:85 lid 2 BW, door de ene partner aan de andere partner verschuldigd, is bevolen, alsmede besluiten op grond van artikel 13 van de Invoeringswet werk en bijstand (artikel 3.6.1 lid 4 Voorontwerp en artikel 33 lid 4 Fw). Reeds vóór faillissement vervallen vorderingen moeten ter verificatie worden aangemeld (artikel 33 lid 4 Fw). Deze bepaling komt overeen met de bijzondere executie-maatregelen in artikel 3.6.1 Voorontwerp.

Uitvoerbaarheid bij lijfswang wordt niet uitgesproken indien de schuldenaar buiten staat is aan de verplichting te voldoen (artikel 588 Rv). Tijdens faillissement kan geen lijfswang worden gevraagd met betrekking tot uitkeringen tot levensonderhoud die vóór de datum van faillietverklaring zijn ontstaan.

De behandeling van het verzoek tot ontslag uit de bewaring vindt plaats met inachtneming van artikel 6 lid 1 EVRM. Een openbare behandeling van het verzoek moet binnen een redelijke termijn worden afgerond. De uitspraak moet in het openbaar plaatsvinden.⁹⁸

4.11 Vrijheidsbeperking gedurende de insolventieprocedure

De vrijheidsbeperking in de Faillissementswet en in het Voorontwerp is verschillend geregeld. Gedurende het faillissement mag de schuldenaar zonder toestemming van de rechter-commissaris zijn woonplaats niet verlaten (artikel 91 Fw). Gedurende de insolventie mag de schuldenaar zonder toestemming van de bewindvoerder Nederland niet verlaten (artikel 4.1.5 Voorontwerp).

Dit verbod kan ook worden opgelegd aan de bestuurder. Artikel 106 Fw is opgenomen in de Paspoortwet. Het verbod Nederland te verlaten voor het geven van inlichtingen rust echter niet alleen op de schuldenaar maar ook op degene met wie de schuldenaar in enige gemeenschap van goederen is gehuwd of in enige gemeenschap van goederen een geregistreerd partnerschap is aangegaan, of op ieder van de echtgenoten onderscheidenlijk van de geregistreerde partners voor zover het de gemeenschap betreft (4.1.6), op elk van de bestuurders en commissarissen (artikel 4.1.7 lid 1), degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder (artikel 4.1.7 lid 2) en elk van de besturende vennoten en op elke derde aan wie het bestuur uitslui-

⁹⁸ Zie ook HR 16 september 1921, NJ 1921, p. 1202.

tend of mede is opgedragen (artikel 4.1.7 lid 4). De echtgenote of partner kan wegens het weigeren inlichtingen te verschaffen niet in bewaring worden gesteld maar kan hen nu wel worden verboden te reizen? Dit is niet verder in de Faillissementswet of het Voorontwerp geregeld.

Vergeleken met artikel 2 van het Vierde Protocol EVRM geven de artikelen 91 Fw en 4.1.5 Voorontwerp een zwaardere beperking. In de toelichting op het Voorontwerp staat hierover:

‘Artikel 91 Fw bepaalt dat de schuldenaar zijn woonplaats niet mag verlaten zonder toestemming van de rechter-commissaris. In de praktijk wordt deze beperking eigenlijk nooit gebruikt. Het lijkt voldoende te bepalen dat de schuldenaar zonder toestemming Nederland niet mag verlaten. Op praktische gronden en gezien de in het voorontwerp gekozen positie voor de rechter-commissaris verdient het de voorkeur dat de bewindvoerder deze toestemming geeft. Indien de bewindvoerder desgevraagd geen toestemming geeft, staat voor de schuldenaar de weg van artikel 4.3.5 open. In de invoeringswetgeving zal bezien moeten worden of er in verband met de voorgestelde bepaling wijzigingen nodig zijn in de paspoortwetgeving.’

De uitoefening van dit recht mag weliswaar worden beperkt (artikel 2 lid 3 Vierde Protocol), maar om de beslissing bij de bewindvoerder te leggen lijkt niet juist. Bij gebrek aan een duidelijke INSOLAD regel of Recofa richtlijn blijkt uit niets op grond waarvan de bewindvoerder zijn toestemming kan onthouden, alleen dat hij dat kan. Dit lijkt mogelijk een praktische oplossing, maar is mijns inziens wel onjuist en mogelijk in strijd met zowel artikel 2 lid 3 Vierde Protocol als met artikel 8 EVRM en artikel 12 IVBPR. De mogelijkheid van vrijheidsbeperking in geval van insolventie wordt op zich zeker erkend.⁹⁹ In de Faillissementswet ligt de beslissing bij de rechter-commissaris. In het Voorontwerp bij de bewindvoerder. De beperking moet ‘in het algemeen belang en in een democratische samenleving nodig’ zijn. Deze regeling biedt de bewindvoerder een te ruime bevoegdheden omtrent doelmatigheid en duur van dit middel, zeker indien het wordt ingezet ‘in the absence of any flagrant offence’.¹⁰⁰

Het verbod om de woonplaats, zonder toestemming, te verlaten is destijds nodig geoordeeld omdat de schuldenaar bij voortduring bereikbaar moet zijn voor het

⁹⁹ ECRM 10 maart 1981, no. 8988/80 (X v. België): ‘The applicant complains in addition that he was prevented for a month, under Article 482 of the Code of Commerce, from absenting himself without the prior authorisation of the bankruptcy judge, and claims that this restriction was contrary to Article 5 of the Convention and Article 2 of the Fourth Protocol. However, being forbidden to “absent oneself” cannot, as such, be regarded as being deprived of one’s liberty within the meaning of Article 5(1). It is a form of restricted liberty, which after all leaves the person concerned free to come and go within the boundaries of the district. True, he does not have the freedom, guaranteed by Article 2 (2) of the Fourth Protocol, to leave his country. But the restriction placed by the law on his freedom is a measure necessary for the maintenance of “ordre public” and the protection of the rights of others, within the meaning of paragraph 3 of the above article.’

¹⁰⁰ EHRM 25 februari 1993, no. 10828/84 (Funke v. Frankrijk), par. 53.

geven van inlichtingen.¹⁰¹ In de MvT op artikel 91 Fw wordt tevens vermeld dat het niet zeldzaam is dat een schuldenaar, die geen kans ziet een akkoord aan te bieden, zonder zich verder iets aan zijn boedel gelegen te laten liggen, naar elders vertrekt en dat de sanctie op deze bepaling de inbewaringstelling van artikel 89 Fw is.¹⁰² Het niet aanbieden van een akkoord lijkt nauwelijks een ‘flagrant délit’. Een verbod om te reizen moet door de rechter-commissaris worden gegeven en niet primair door de bewindvoerder.

Het begrip ‘woonplaats’ is de plaats bedoeld in artikelen 1:10 t/m 15 BW. In het Voorontwerp is dit uitgebreid tot Nederland, hetgeen begrijpelijk is, omdat de woonplaats wel erg beperkt is en een schuldenaar, mede afhankelijk waar hij werkt, zijn familie zich bevindt en de plaatsen die hij om andere redenen moet bezoeken, anders onnodig wordt belemmerd, ook al wordt onder ‘verlaten’ mede verstaan ‘het voor zekere periode naar elders vertrekken’.¹⁰³

Het paspoort. Er wordt wel gezegd dat het verbod om de woonplaats (of Nederland) te verlaten zinloos zou zijn indien de rechter-commissaris niet bevoegd zou zijn om het paspoort van de schuldenaar in te nemen en, omdat de uitvoerende werkzaamheden in een faillissement door de curator geschieden, de curator een van de rechter-commissaris afgeleide bevoegdheid heeft tot het innemen van het paspoort. Dit op voorwaarde dat de inname geschiedt met instemming of machtiging van de rechter-commissaris.¹⁰⁴ Is dit een toegestane vorm van delegatie? Het Voorontwerp zegt naar aanleiding van artikel 4.1.5 dat in de invoeringswetgeving zal moeten worden gezien of er in verband met de voorgestelde bepaling wijzigingen nodig zijn in de paspoortwetgeving. Inhouding is een voorlopige maatregel.¹⁰⁵

Thans nog kan de rechter-commissaris op grond van artikel 19 Paspoortwet verzoeken dat een paspoort aan de schuldenaar wordt geweigerd dan wel dat diens paspoort vervallen wordt verklaard. Dit verzoek wordt ingevolge artikel 25 lid 1 Paspoortwet aan de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties gericht. Indien het verzoek van de rechter-commissaris aan de voorwaarden van artikel 19 Paspoortwet voldoet, vermeldt de minister de betrokken persoon en de overige in artikel 25 lid 3 Paspoortwet bedoelde gegevens in een door hem bij te houden register. Voorts deelt hij de autoriteiten die tot het verstrekken en inhouden van reisdocumenten bevoegd zijn, ingevolge artikel 25 lid 4 Paspoortwet mede, aan welke in het register vermelde personen een reisdocument kan worden geweigerd, dan wel van wie het reisdocument moet worden ingehouden. De rechter-commissaris kan daarbij te kennen geven er bezwaar tegen te hebben dat de schuldenaar van de opneming in het register in kennis

¹⁰¹ Losbl. Fw, artikel 91 Fw.

¹⁰² Van der Feltz II, p. 51.

¹⁰³ HR 17 november 1972, NJ 1973, 133.

¹⁰⁴ Rb. Roermond 7 december 1989, NJ 1990, 648.

¹⁰⁵ Rb. Middelburg, 27 oktober 2006, Journaal IF&Z 2006/402.

wordt gesteld. Met name het opnemen van het verzoek van de rechter-commissaris in het register paspoort-signalerings zonder de schuldenaar daarvan in kennis te stellen vindt in de ogen van Alkema geen genade. Hij meent dat, wil men in de toekomst ieder verwijt van schending van mensenrechten vermijden het verstandig is het verzoek van de rechter-commissaris aan te merken als een voor beroep vatbare beschikking in de zin van artikel 67 Fw en voorts, bij dit verzoek en de daarop volgende signalering open kaart te spelen, zodat er van meet af aan rechtsbescherming kan zijn.¹⁰⁶

Loonstein is van oordeel dat aanpassing van de Paspoortwet alleen al nodig is op grond van het feit dat in de Paspoortwet artikel 106 Fw wel is genoemd, maar artikel 105 Fw niet.¹⁰⁷ Dit lijkt mij echter onjuist. De rechter kan het innemen van het paspoort van de schuldenaar/natuurlijke persoon reeds rechtstreeks op de Paspoortwet baseren. Er is geen noemenswaardig verschil tussen de artikelen 105 en 106 Fw, die op die grond een aanpassing noodzakelijk maakt.¹⁰⁸ Een ander probleem is echter wel dat de schuldenaar zich steeds moet kunnen identificeren. Nu kan een Nederlandse identiteitskaart niet worden geweigerd of vervallen worden verklaard (artikel 46a Paspoortwet). De mogelijkheid om de schuldenaar te beletten naar het buitenland te reizen wordt hierdoor feitelijk al de pas afgesneden (artikel 46a Paspoortwet). Iedere Nederlander die als ingezetene in de basisadministratie persoonsgegevens van een gemeente is ingeschreven, of die woonachtig is in een land waarvoor de Nederlandse identiteitskaart geldig is, heeft recht op verstrekking van een Nederlandse identiteitskaart, geldig voor 5 jaren (artikel 16a Paspoortwet). Op deze kaart kan binnen Europa vrijelijk worden gereisd, maar de kaart is ook nodig als legitimatiebewijs.

Weigering of vervallenverklaring van het paspoort kan geschieden op verzoek van de rechter-commissaris, indien de betrokken persoon in staat van faillissement verkeert dan wel op hem het bepaalde in artikel 106 Fw of een overeenkomstige regeling in de Nederlandse Antillen of Aruba van toepassing is (artikel 19 Paspoortwet). Indien de schuldenaar, bestuurder of commissaris beperkingen worden opgelegd om te reizen, moet steeds worden bezien of deze beperking de betrokkenen niet onredelijk belemmert in hun recht zich vrij te bewegen. Dit kan vooral het geval zijn indien de beperking voor een te lange duur wordt opgelegd. In dit verband wordt gewezen op het arrest Földes en Földesné Hajlik v. Hongarije, een zaak betreffende een schuldenaar die in staat van faillissement was verklaard en wegens inname van zijn paspoort gedurende een periode van langer dan tien jaren niet kon reizen. Het EHRM oordeelde dat dit disproportioneel

¹⁰⁶ Rb. Den Bosch 1 augustus 2007, NJ 2008, 632, m.nt. EEA. De Hoge Raad heeft cassatieberoep o.g.v. artikel 81 RO verworpen, HR 6 juni 2008, LJN BD0683; zie conclusie AG Keus voor dit arrest; TvI 2009/2, p. 13 en RvdW 2008, 602.

¹⁰⁷ Zie H. Loonstein, 'Inhouding paspoort van een failliet', *Journaal IF&Z* 2007, p. 279-280.

¹⁰⁸ Zie ook Conclusie A-G Keus voor HR 6 juni 2008, LJN BD0683.

was, en daarmee een inbreuk was op de rechten van de schuldenaar.¹⁰⁹ Een zelfde beslissing is te lezen in de *Luordo v. Italië* zaak. Het betrof hier weliswaar een nog langere periode (veertien jaar en acht maanden). Dat de periode gelijk was aan de behandelingsduur van het faillissement kon geen genade vinden.¹¹⁰ Een zelfde uitspraak is te lezen in de *Bottaro v. Italië* zaak (twaalf jaar). Ook al is het in het algemeen belang dat de schuldeisers worden voldaan werd de periode dat de schuldenaar van zijn bewegingsvrijheid was beroofd disproportioneel geoordeeld.¹¹¹

4.12 Conclusies

In dit hoofdstuk kwamen de artikelen 5 en 2 Vierde Protocol EVRM aan de orde. Artikel 5 waarborgt het recht op vrijheid en veiligheid. Artikel 2 Vierde Protocol het recht zich vrij te bewegen en elk land, met inbegrip van het zijne, te verlaten. In de insolventieprocedure komt het onderscheid tussen vrijheidsontneming en vrijheidsbeperking naar voren in artikel 87 Fw (inbewaringstelling, verzekerde bewaring, gijzeling of lijfswang) en artikel 91 Fw (het niet verlaten van de woonplaats). Bij bewaringstelling vindt dag en nacht opsluiting plaats, bij het verbod de woonplaats te verlaten is de bewegingsvrijheid weliswaar beperkt, maar het sociale contact met andere personen en naaste familie blijft, in de eigen omgeving, mogelijk.

Vrijheidsontneming. Op grond van artikel 5 EVRM kan de schuldenaar door de rechtbank reeds bij het vonnis van faillietverklaring in verzekerde bewaring worden gesteld. Na faillietverklaring kan dat alleen op voordracht van de rechter-commissaris dan wel op verzoek van de curator of een of meer schuldeisers. In het laatste geval wordt de rechter-commissaris gehoord. Gezien de aard van het dwangmiddel is het niet nodig dat de schuldenaar vooraf wordt gehoord of wordt opgeroepen. Artikel 5 lid 3 EVRM schrijft dit ook niet voor. De schuldenaar zou te zeer de gelegenheid hebben om de werking van het dwangmiddel, door vlucht of anderszins, te frustreren. Teneinde niet in strijd met het EVRM te komen verdient het aanbeveling dat de rechter, die ingevolge artikel 87 Fw een bevel geeft dat de schuldenaar in bewaring wordt gesteld, steeds gelast dat de schuldenaar binnen vier dagen na de tenuitvoerlegging van het bevel wordt geleid voor de rechter, die het bevel gaf of voor de rechter-commissaris in het faillissement, om te worden gehoord. Dit lijkt echter alleen nodig indien de schuldenaar nog niet eerder is gehoord.

Beperkingen. De vrijheidsontneming wordt ondergaan in een huis van bewaring. Maatregelen, die in deze inrichtingen van toepassing zijn, zoals met betrekking tot het verzenden of het ontvangen van post, zelfs post van en naar de raadsman

¹⁰⁹ EHRM 31 oktober 2006, no. 41463/02 (*Földes en Földesné Hajlik v. Hongarije*) par. 34-36.

¹¹⁰ EHRM 17 juli 2003, no. 32190/96 (*Luordo v. Italië*), par. 96.

¹¹¹ EHRM 17 juli 2003, no. 56298/00 (*Bottaro v. Italië*).

en ontvangen van bezoek, staat niet ter beoordeling van de rechter-commissaris maar kan afhankelijk worden gesteld van de toestemming van de gevangenisautoriteiten. De schuldenaar zou voor wat betreft inbreuken op zijn rechten uit artikel 8 EVRM niet aan zwaardere beperkingen moet worden blootgesteld dan die gelden in faillissement.

Vrijheidsbeperking. Het vrije verkeer van de schuldenaar is geregeld in artikel 2 Vierde Protocol EVRM. Een verbod daartoe is destijds nodig geoordeeld omdat de schuldenaar bij voortduring bereikbaar moet zijn voor het geven van inlichtingen. Het verbod te reizen moet terughoudend worden toegepast en mag alleen indien de schuldenaar zijn medewerking niet verleend of gevreesd wordt dat hij zijn goederen zal verduisteren. De beslissing wordt in het Voorontwerp aan de bewindvoerder overgelaten. Dit lijkt niet juist. Dit moet aan de rechter worden overgelaten.

Paspoort. Het opnemen van het verzoek van de rechter-commissaris in het register paspoort-signalering dat het paspoort vervallen wordt verklaard zonder de schuldenaar daarvan in kennis te stellen is niet juist. Teneinde ieder verwijt van schending van mensenrechten te vermijden, verdient het aanbeveling het verzoek van de rechter-commissaris aan te merken als een voor beroep vatbare beschikking in de zin van artikel 67 Fw en bij dit verzoek en de daarop volgende signalering open kaart te spelen, zodat er van meet af aan rechtsbescherming kan zijn.

HOOFDSTUK 5

Artikel 6 EVRM: bestuurdersaansprakelijkheid en bestrijding van insolventiefraude

5.1 Inleiding

In het Voorontwerp Insolventiewet is de bepaling opgenomen dat de bewindvoerder, die een redelijk vermoeden heeft dat de schuldenaar een misdrijf heeft gepleegd als bedoeld in titel XXVI van het tweede Boek van het Wetboek van Strafrecht, of zich schuldig heeft gemaakt aan een poging tot, voorbereiding van of deelneming aan een dergelijk misdrijf, de verplichting heeft de rechter-commissaris hierover te informeren (artikel 4.2.14 Voorontwerp).¹ De rechter-commissaris kan vervolgens beslissen om de bewindvoerder al dan niet een aanwijzing te geven om aangifte te doen (artikel 4.3.4 Voorontwerp) of om zelf aangifte te doen. De toelichting op dit artikel is kort en zegt niet veel meer dan het artikel zelf. Deze verplichting is opgenomen met het oog op de bestrijding van insolventiefraude. Indien de schuldenaar een rechtspersoon is kan insolventiefraude leiden tot bestuurdersaansprakelijkheid en mogelijk ook een aangifte tegen de bestuurder.

Er bestaat zowel taalkundig als historisch gezien wel een zekere relatie tussen faillissement en fraude. Failliet gaan, zijn betalingen staken of ‘een bankje leggen’, zoals men in de zeventiende eeuw zei, komt van het woord ‘bankroet’. Dit hebben wij ontleend aan ‘banqueroute’, een verfranse vorm van het Italiaanse ‘banca rotta’, dat letterlijk ‘gebroken bank’ betekent. Deze uitdrukking moet zijn ontstaan uit de gewoonte om de tafel van een wisselaar, die zijn betalingen staakte, op het forum weg te breken. Aan het begrip ‘bankbreuk’ ligt de veronderstelling ten grondslag dat het faillissement door kwade trouw wordt veroorzaakt. ‘Fallitus, ergo fraudator’ luidde een oud adagium in de Italiaanse handelssteden in de late middeleeuwen. Faillissement komt van ‘fallere’, dat bedriegen betekent.² De als gevolg van de Franse overheersing in 1811 ingevoerde Code de Commerce onderscheidt in Boek III het burgerrechtelijke faillissement van dat van de strafbare bankbreuk. De titel van dat Boek luidt ‘Des faillites et des banqueroutes’. In artikel 1 werd het faillissement omschreven als ‘Tout commerçant qui cesse paiements, est en état de faillite’ en in artikel 2 de strafbare bankbreuk: ‘Tout commerçant failli qui se trouve dans l’un des cas de faute ou de fraude prévus par la présente loi, est en état de banqueroute’. Aldus werd onderscheid gemaakt tussen ‘banqueroute simple’ en ‘banqueroute frauduleuse’. Toen de Code de Commerce in 1838 werd vervangen door het Wetboek van Koophandel werden de strafrechtelijke bepalingen overgenomen in het Wetboek van Strafrecht. Dit wetboek is, na opeenvolgende ontwerpen, in 1886 in werking

¹ S.C.J.J. Kortmann, ‘Hoofddlijnen van het voorontwerp’, in ‘Het voorontwerp Insolventiewet nader beschouwd’, Ars Aequi Libri, Nijmegen 2008, p. 23.

² Hilverda 1992, p. 3.

getreden. Daarin zijn de eenvoudige bankbreuk (in artikel 340 Sr) en de bedrieglijke bankbreuk (in artikel 343 Sr) terug te vinden.

Onder faillissementsfraude wordt hier verstaan: ongeoorloofd gedrag vóór of tijdens het faillissement, waardoor schuldeisers opzettelijk of culpoos worden benadeeld.³ In het kader van deze definitie wordt meestal verwezen naar de corresponderende bepalingen uit het Wetboek van Strafrecht (de artikelen 194, 340 tot en met 345 en 442 j° 51 Sr) waarin de strafbaarstelling van de schuldenaar/gefaillieerde (natuurlijk persoon of rechtspersoon en bestuurders) is geregeld en naar de regeling van de bestuurdersaansprakelijkheid, ingeval van een daad van kennelijk onbehoorlijk bestuur, die een belangrijke oorzaak van het faillissement is (de artikelen 2:138 en 2:248 BW en artikel 36 IW). De strafbepalingen uit het Wetboek van Strafrecht beschouw ik als ‘faillissementsfraude in enge zin’. Het is een beperkt aantal bepalingen waarin opzet of voorwaardelijk opzet een essentieel bestanddeel voor de strafbaarheid zijn. De regeling van de bestuurdersaansprakelijkheid in het Burgerlijk Wetboek en de Invorderingswet kan worden omschreven als ‘faillissementsfraude in ruime zin’ en omvat ook niet-culpoos handelen. In het kader van de civielrechtelijke en bestuursrechtelijke aansprakelijkheid wordt de voorkeur gegeven aan de meer ruime definitie, ten eerste door ook het niet opzettelijk (of niet-culpoos) handelen van de schuldenaar of derden daarbij te betrekken en ten tweede door de benadeling niet te beperken tot faillissementsschuldeisers. Immers ook door niet-opzettelijk handelen kunnen schuldeisers worden benadeeld (en kan er sprake zijn van aansprakelijkheid) terwijl er geen goede gronden zijn om het begrip faillissementsfraude alleen te beperken tot benadeling van de faillissementsschuldeisers. Onder de faillissementsschuldeisers worden verstaan zij, die op het moment dat het faillissement wordt uitgesproken, reeds schuldeiser zijn. Benadeling kan echter ook op een later tijdstip optreden en kan personen treffen die op het moment van het uitspreken van het faillissement (nog) geen schuldeiser waren, althans (nog) geen vordering hadden. Hierbij kan worden gedacht aan de werknemers, (latere) boedelschuldeisers of personen met niet-verifieerbare vorderingen, zoals de aandeelhouders. Het is daarom vollediger om van de belanghebbenden (of de ‘stakeholders’) uit te gaan, die op enig moment door een insolventie kunnen worden benadeeld. In het kader van de strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt alleen gekeken naar de definitie in enge zin, de misdrijven die zijn opgenomen in Boek 2 titel XXVI Sr.

Er bestaat een relatie tussen de faillissementsmisdrijven en kennelijk onbehoorlijk bestuur, waarvoor bestuurders aansprakelijk kunnen worden gesteld, omdat strafrechtelijke aansprakelijkheid in de regel leidt tot civielrechtelijke aansprakelijkheid. Er bestaat ook een relatie tussen de civielrechtelijke- en bestuursrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid, omdat zij feitelijk op dezelfde bepaling zijn

³ Hilverda 1999-1, p. 1; Zie ook in R.N.J. Kamerling en M. Pheijffer, ‘Vijftien over fraude’, uitgave van Koninklijke NIVRA, Voortgezette Educatie Registeraccountants (VERA), Amsterdam 1999, een vraaggesprek met C.M. Hilverda, p. 113.

gestoeld. De termen ‘bestuurdersaansprakelijkheid’ (en daarmee de sanctie op het handelen dat wordt gekwalificeerd als kennelijk onbehoorlijk bestuur als belangrijke oorzaak van het faillissement), ‘insolventiefraude’ en ‘faillissementsfraude’ worden hier door en naast elkaar gebruikt. Het Voorontwerp legt de bewindvoerder de taak op insolventiefraude te bestrijden. Over de vraag of curatoren hier een taak hebben wordt verschillend gedacht.⁴ Zij besteden er in de regel wel veel tijd aan, zoals alle procedures naar aanleiding van de actio pauliana (verhaalsbenadeling), bestuurdersaansprakelijkheid en de vorderingen uit onrechtmatige daad, die in veel faillissementen worden gevoerd. Het kan natuurlijk worden betwijfeld of al deze procedures zijn gericht op het bestrijden van faillissementsfraude. Dit is mede afhankelijk van de definitie die voor deze vorm van fraude wordt gehanteerd, die in vele gradaties voorkomt.⁵ Het beleid van de overheid is zeker gericht op de fraudebestrijding in insolventieprocedures en de curator wordt aangemoedigd hierin een actieve rol te vervullen.⁶ Eén van de instrumenten die hem hierbij wordt geboden is de mogelijkheid om bestuurders en commissarissen van rechtspersonen in hun privévermogen aan te spreken in geval van misbruik van de door hen bestuurde rechtspersoon. Deze civielrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid in de artikelen 2:138 en 2:248 BW is bedoeld ter bestrijding van faillissementsfraude, zoals dit ook blijkt uit de toelichting op de Garantstellingsregeling curatoren.⁷ De overheid biedt de curator hiervoor de nodige financiële middelen. In september 2004 presenteerde de minister van Justitie een ‘Actieplan bestrijding faillissementsfraude’.⁸ Dit heeft betrekking op de verbetering en intensivering van de aanpak van faillissementsfraude. In dit actieplan is aangekondigd dat het Openbaar Ministerie een op maat gesneden vervolgingsbeleid zou presenteren. Dit beleid is opgesteld in de vorm van een

⁴ W. Aerts, ‘De rol van de curator bij de bestrijding van faillissementsfraude’, *TvI* 2005, 3, p. 7; R. Knegt, ‘Faillissement en selectief ontslag, een onderzoek naar “oneigenlijk gebruik” van de Faillissementswet’, Hugo Sinzheimer Instituut, 1996; R. Knegt, ‘Fraude en misbruik bij faillissement’, Hugo Sinzheimer Instituut, 2005.

⁵ A.J. Berends, ‘Maatregelen tegen misbruik van insolventieprocedures’, *TvI* 2001, nr. 1, p. 7-15; F.M.J. Verstijlen, ‘De faillissementscurator tegenover milieurechtelijke normen’, in ‘De curator, een octopus’, p. 273-289; ‘Faillissementen bij besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, Een studie naar misbruik van rechtspersonen’, Interim rapport WODC, Den Haag, 1982; R.J. Blom, ‘Failliet! ‘Het onderzoek’, Graydon Nederland; R.J. Blom, ‘Failliet in de praktijk’, Graydon Nederland, 1990; Aanwijzing opsporing en vervolging faillissementsfraude, *TvI* 2009/3, p. 21.

⁶ C. Cozijn, ‘Aansprakelijkheid op grond van de Wet Bestuursaansprakelijkheid bij Faillissement’, WODC 1991; A.C. Berghuis en G. Paulides, ‘Faillissementen bij besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, een studie naar misbruik van rechtspersonen’, WODC 1983.

⁷ *Saatscourant* 21 april 1993 (nr. 76); R.D. Vriesendorp, ‘De Garantstellingsregeling curatoren’, rapport van de evaluatie van de werking van de garantstellingsregeling curatoren in de praktijk, Schoordijk Instituut, 1999; Kamerstukken II 2003/04 27 244, nr. 15 (Motie Douma c.s. over een voorstel voor verbetering en intensivering van de aanpak van faillissementsfraude).

⁸ Kamerstukken II 2003/04, 27 244, nr. 22.

aanwijzing (in de zin van artikel 130 lid 4 RO).⁹ Daarnaast ligt bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel over een strafrechtelijk bestuursverbod en heeft het College van Procureurs-Generaal een positief standpunt ingenomen met betrekking tot de invoering van een civielrechtelijk bestuursverbod. Dit alles is onderdeel van het veel ruimere overheidsbeleid ter bestrijding van fraude en financieel-economische criminaliteit. De strafrechtelijke en bestuursrechtelijke regelingen bieden dezelfde mogelijkheid. Artikel 4.2.14 Voorontwerp kan worden gezien als een volgende stap.

De bewindvoerder krijgt steeds vaker te maken met insolventiefraude, zowel in het kader van bestuurdersaansprakelijkheid, als bij het vaststellen van de gegrondheid van een tegen de schuldenaar ingestelde strafvervolgung als bedoeld in artikel 6 lid 1 EVRM. Een strafvervolgung in de vorm van een bestuurlijke boete kan worden opgelegd door een bestuursorgaan (bijv. de belastingdienst of de AFM) en de officier van justitie. Dit komt in een insolventie meestal tot uitdrukking in een (bestuurlijke) boete die, als een vordering of als onderdeel van een vordering van een bestuursorgaan bij de curator (ter verificatie) wordt ingediend. Dit gebeurt niet alleen indien de boete zich richt tegen een insolvente natuurlijke of rechtspersoon, maar ook indien de curator die boete vervolgens in een aansprakelijkheidsprocedure, als onderdeel van 'het tekort in de boedel' op de bestuurder van de rechtspersoon verhaalt. Het is ook mogelijk dat het bestuursorgaan de boete zelf op de bestuurder verhaalt, waardoor samenloop van vorderingen kan optreden. Bestuurlijke boetes spelen vooral een rol in het belastingrecht, maar ook in andere procedures die als administratiefrechtelijk of bestuursrechtelijk worden beschouwd. Er is de laatste jaren een verschuiving in de sanctionering van het overheidsbeleid. Dit werd vroeger voornamelijk strafrechtelijk afgedaan, maar tegenwoordig wordt veelal gekozen voor een bestuursrechtelijke sanctie in de vorm van bestuursdwang, dwangsom of een bestuurlijke boete.¹⁰ In hoofdstuk 3 is reeds te lezen dat deze sancties als een 'strafvervolgung' in de zin van artikel 6 EVRM worden gezien. Bij het bepalen van de gegrondheid daarvan moet de curator, indien deze vorderingen in het kader van de verificatie worden ingediend, beoordelen of het bestuursorgaan daarbij artikel 6 EVRM heeft gerespecteerd.

⁹ Staatscourant, 27 februari 2009, nr. 40.

¹⁰ Zonder enige volledigheid te willen nastreven kan hierbij worden gedacht aan een bestuurlijke boete wegens overtreding van de Wet Inburgering Nieuwkomers (Rb. Den Bosch 2 mei 2007, LJN BA5374); De Wet-Mulder zaken (Wet Administratiefrechtelijke Handhaving Verkeersvoorschriften); de naleving van de Arbo wetgeving (Raad van State 17 april 2002, no. 200104476/1, LJN AE1625) Het betalen van de hondenbelasting (Hof Amsterdam 18 oktober 2001, LJN AE 0816) en de bestuursrechtelijke sanctionering door toezichthouders, zoals de Nederlandse Mededingings Autoriteit (NMA), de Autoriteit Financiële Markten (AFM) en de OPTA.

5.2 Indeling van dit hoofdstuk

In dit hoofdstuk komt aan de orde artikel 6 lid 1 EVRM in relatie tot de procedures die leiden tot bestuurdersaansprakelijkheid in strafrechtelijke (5.3), civielrechtelijke (5.4) en bestuursrechtelijke zin (5.5), de rol die de curator daarin vervult en het civielrechtelijke onderzoek dat daarnaar door de curator wordt ingesteld (5.6) en het strafrechtelijk onderzoek (5.7). Dit hoofdstuk wordt afgesloten met enkele conclusies (5.8).

5.3. Strafrechtelijke (bestuurders)aansprakelijkheid

Aangifte van een strafbaar feit. De bewindvoerder, die een redelijk vermoeden heeft dat de schuldenaar of, indien de schuldenaar een rechtspersoon is, de bestuurder daarvan, strafrechtelijk aansprakelijk is, heeft (in het Voorontwerp) de verplichting de rechter-commissaris hierover te informeren. Er is voor hem geen verplichting opgenomen om (zelf) aangifte te doen, tenzij de rechter-commissaris hem een aanwijzing geeft. De bewindvoerder mag het wel, zoals iedere derde. Het Voorontwerp introduceert met deze bepaling een geheel nieuwe dimensie in het insolventierecht. In de Faillissementswet is deze verplichting niet opgenomen. De misdrijven waar het hier om gaat zijn geen klachtdelicten. De Officier van Justitie heeft geen aangifte nodig om tot vervolging te kunnen overgaan (artikel 164 Sv). Formeel gesproken heeft de curator hier geen enkele taak, maar de discussie over de vraag of de curator aangifte moet doen, indien hij een redelijk vermoeden van een strafbaar feit heeft, speelt al geruime tijd, in elk geval sedert de totstandkoming van de misbruikwetgeving in 1983. Reeds toen is de vraag aan de orde geweest of de curator een actievere rol moet vervullen bij de aangifte van strafbare feiten.¹¹ Deze vraag is echter nooit beantwoord, maar blijft de gemoederen bezig houden.¹² Omdat een verplichting daartoe niet uit de wet voortvloeit was de gedachte steeds dat de curator zich alleen zou moeten laten leiden door het belang van de boedel. De curator is geen ambtenaar in de zin van artikel 162 Sv. Een wettelijke verplichting bestaat alleen indien de curator kennis draagt van misdrijven die zijn genoemd in artikel 160 Sv. Dit zijn misdrijven tegen de veiligheid van de staat (de artikelen 92 tot en met 110 Sr), misdrijven waardoor de algemene veiligheid van personen of goederen in gevaar wordt gebracht (in Boek 2 titel VII Sr), voor zover daardoor levensgevaar wordt veroorzaakt (bijvoorbeeld bij gevaarlijke milieuaantasting) en misdrijven tegen het leven gericht, bijvoorbeeld illegale abortus, mensenhandel en verkrachting (de artikelen 287 tot en met 296 Sr). Maar die verplichting bestaat voor eenieder. Een aangifteplicht bestaat eveneens indien de curator kennis draagt van het witwassen van geld of andere financiële transacties krachtens de Wet melding

¹¹ Zie Adv. bl. 63-13, 24 juni 1983, p. 309-310 en Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 11.

¹² Insolad-workshop 1 september 2008, “De curator en faillissementsfraude” en het CPO Congres 8 juli 2009, ‘Naar een effectieve faillissementsfraude bestrijding’.

ongebruikelijke transacties.¹³ Die verplichting tot aangifte maakt gedurende het faillissement jegens de schuldenaar geen inbreuk op zijn recht op een eerlijk proces.¹⁴ Indien de curator de rechter-commissaris van zijn vermoeden in kennis stelt kan ook op de rechter-commissaris de verplichting rusten zelf aangifte te doen, welke verplichting voortvloeit uit artikel 162 Sv, (de aangifteplicht voor openbare colleges en ambtenaren), maar de misdrijven als bedoeld in Boek 2 titel XXVI Sr zijn (nog) niet in dat artikel genoemd. Onverplicht mag de rechter-commissaris het niet. De Hoge Raad oordeelde dat de vraag of het de rechter-geoorloofd was aangifte te doen niet anders dan ontkennend kan worden beantwoord. Het begrip 'eerlijk proces', zoals dat in artikel 6 EVRM besloten ligt en de eisen van een goede procesorde in burgerlijke zaken brengen mee, dat partijen alle feiten en omstandigheden, die naar hun inzicht van belang kunnen zijn voor de beslissing van hun geschil, vrijelijk ter kennis van de rechter moeten kunnen brengen. Dit brengt tevens mee dat het zwaarwegende belang van openheid in de gedingvoering zich ertegen verzet, dat de rechter onverplicht aangifte zou mogen doen van strafbare feiten die hem in het kader van een civiele procedure door een partij zijn medegedeeld ter ondersteuning van of toelichting op haar standpunt.¹⁵

Het gerechtshof had in het arrest, dat hiervoor wordt bedoeld, overwogen dat het belang van de verdachte alsmede het algemeen belang dat de fundamentele rechten van partijen in een eerlijk proces door de rechter voor wie de civiele procedure wordt gevoerd, worden gewaarborgd, zó zwaar wegen, en dat deze door de onderhavige strafvervolging, die zonder de aangifte niet zou zijn aangevangen, zó worden geschaad dat, ongeacht de ernst van de feiten, aan het Openbaar Ministerie het recht op strafvervolging van de verdachte moet worden onzegd. De Hoge Raad oordeelde echter dat een zó vergaand rechtsgevolg van het doen van aangifte geen steun in het recht vindt.¹⁶ Hieruit volgt mijns inziens dat de curator wel zeer voorzichtig moet zijn indien hij aangifte doet, omdat er op hem, behoudens enkele uitzonderingen, geen aangifteplicht rust en het voor een goede afwikkeling van het faillissement van belang is dat de schuldenaar en de bestuurder alle feiten vrijelijk aan de curator kunnen melden.

Het beleid van de diverse rechters-commissarissen over het doen van aangifte is verschillend. In 2005 zond de rechtbank Almelo een circulaire aan de curatoren in dat arrondissement waarin vermeld stond: 'als een curator constateert dat er strafbare feiten zijn gepleegd (bijvoorbeeld fraude, diefstal, administratie niet op orde), dan wordt van de curator verlangd dat hij daarvan aangifte doet, ook al is dat in het besef dat de kans op onderzoek/vervolging niet groot is.'¹⁷ Er zijn in

¹³ B.J. Drijber, *Ondernemingsrecht* 2007, p. 544-546.

¹⁴ HvJ EG 26 juni 2007, zaak C-305/05.

¹⁵ HR 30 maart 1998, NJ 1998, 554.

¹⁶ HR 30 oktober 2001, NJ 2003, 200 en NJ 2002, 202, m.nt. DA.

¹⁷ W. Aerts, 'De rol van de curator bij de bestrijding van faillissementsfraude', *TvI* 2005, 3, p. 7.

het verleden initiatieven genomen door het Openbaar Ministerie. In 2001 ontvingen curatoren een handleiding 'Standaard Formulier Aangifte faillissementsfraude' van het interregionaal fraudeteam Zuid Nederland, het expertisecentrum faillissementsfraude, waarin viel te lezen:

'Curatoren in faillissementen oefenen een semi-publiekrechtelijke functie uit en hebben uit hoofde van deze functie mede de verplichting medewerking te verlenen aan de bestrijding van faillissementsfraude. Het Openbaar Ministerie beschouwt bestrijding van fraude als één van haar prioriteiten en de bestrijding van faillissementsfraude is in het algemeen belang.' En vervolgens 'Met betrekking tot aangifte van fraude met een geringe omvang kan worden gesteld, dat deze aangifte in ieder geval dienstig is aan het verkrijgen van inzicht in het totaal aantal gevallen van fraude bij faillissementen.'

Het Voorontwerp heeft een addendum met een voorstel voor nieuwe insolventierechtelijke strafbepalingen. De Toelichting op dit addendum zegt daarover dat 'strafrechtelijke bestrijding van insolventiefraude onmisbaar is als civielrechtelijk optreden hiertegen onmogelijk of onvoldoende is'. Zo zijn civielrechtelijke rechtshandhaving (denk aan de actio pauliana, de inzet van de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid, acties uit onrechtmatige daad of onverschuldigde betaling en specifieke acties van de fiscus) enkel zinvol, indien de fraude voor de civiele handhavers aantoonbaar is en voor hen weggesluisde activa of verhaalsvermogen te achterhalen zijn. Vaak is de bewindvoerder bij gebrek aan dwangmiddelen en/of financiële middelen daartoe niet in staat. Politie en justitie hebben de dwangmiddelen om insolventiefraude, eventueel weggesluisde boedelactiva en – in het kader van de ontneming van wederrechtelijke verkregen voordeel – verhaalsvermogen op te sporen. Zij zijn wat betreft hun inzet en sancties ook niet afhankelijk van de aanwezigheid van te executeren vermogen van de fraudeur. De bewindvoerder kan vervolgens de door politie opgespoorde boedelactiva onder zich nemen of conservatoir beslag leggen op de achterhaalde verhaalsactiva en zich ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers als benadeelde partij voegen in het strafproces tegen de verdachte. Door strafrechtelijk te reageren, behoeft wederrechtelijk benadelend handelen dan niet zonder gevolgen te blijven. Ook indien civielrechtelijke acties mogelijk zijn, zal ten slotte strafrechtelijk moeten worden opgetreden als het wederrechtelijke gedrag zo ernstig is dat een openbaar strafproces en specifieke strafsancities uit het oogpunt van vergelding en preventie zijn aangewezen.'¹⁸

Dit is wellicht juist, maar vrijwel alle faillissementen worden afgewikkeld zonder politie en justitie daarbij te betrekken. Of de bewindvoerder hier werkelijk een taak heeft zal nader moeten worden bezien. Het in elk geval opvallend dat hier in de Insolad Praktijkregels over gezwogen wordt en de Recofa Richtlijnen 2009 tot op heden niet wordt genoemd, noch overigens de wijze waarop de curator moet optreden, terwijl dat toch de regelgeving bij uitstek zou moeten zijn om de curator hier een weg te wijzen. De mogelijkheden die de curator ten dienste

¹⁸ Toelichting addendum, p. 5 (s).

staan om fraude te bestrijden zijn zeker aanwezig, maar om de curator hiermee te belasten lijkt een geprivatiseerde vorm van overheidsbeleid en of dat moet, is een vooralsnog onbeantwoorde vraag. In het laatste hoofdstuk kom ik hierop terug.

Hiermee wil ik uiteraard niet betogen dat het met de faillissementsfraude wel meevalt en er niets hoeft te gebeuren. Faillissementsfraude vormt een serieuze bedreiging voor de integriteit van het bedrijfsleven en leidt tot ernstige economische schade. De 10.000 faillissementen in 2006 veroorzaakten een schade van €3,2 miljard en de schade door frauduleuze handelingen bedroeg €1,125 miljard.¹⁹ De in 2007 opgerichte projectgroep Finec probeert een samenwerking tussen de eenheden van de Belastingdienst, FIOD-ECD en de curator tot stand te brengen teneinde tot een effectieve aanpak van faillissementsfraude te komen.²⁰ Het is alleen de vraag of de bewindvoerder die de boedel beheert, hier een rol heeft. Indien deze verplichting echter blijft bestaan verdient het de voorkeur de te volgen procedure verder uit te werken, waarbij in dat geval kan worden gekeken naar bijvoorbeeld het Amerikaanse ‘U.S. Handbook for the Chapter 7 Trustees’ dat, weliswaar naar Amerikaans model, een uitgebreide handleiding omvat en de curator slechts de plicht oplegt zich te verstaan met de Officier van Justitie die het onderzoek vanaf dat moment kan overnemen en de curator en rechter-commissaris buiten het strafproces kan stellen. Een regeling die daarmee overeenstemt is opgenomen in ‘Wenken voor curatoren in faillissementen van de rechtbank Amsterdam’ dat zegt:

‘Er wordt op aangedrongen om bij vermoedens van faillissementsfraude, ook bij een ontoereikende boedel, altijd melding te doen aan één van de Fraudemeldpunten of bij het taakaccent faillissementsfraude van de FIOD-ECD. Indien aangifte gewenst is, krijgt de curator dat te horen. Bij een ontoereikende boedel zullen de kosten voor het doen van strafrechtelijke worden vergoed volgens de “vergoedingsregeling voor het doen van aangifte faillissementsfraude” (bijlage 1).’²¹

Steeds zal bedacht moeten worden dat curatoren terughoudend zullen zijn om dezelfde reden waarom zij soms ook terughoudend zijn om informatie naar buiten te brengen, te weten de mogelijkheid van persoonlijke aansprakelijkheid.²²

¹⁹ P. van der Weerd en D. van der Hoorn, ‘Faillissementsfraude en de FIOD-ECD’, TvI 2008, 29, p. 199.

²⁰ Aanbevelingen aanpak Faillissementen, juli 2007. Finec is het financieel economisch onderdeel van het programma ‘aanpak georganiseerde criminaliteit’ van het ministerie van Justitie.

²¹ Deze wenken hebben een aanvullend karakter op het beleid van de rechtbank Amsterdam.

²² HR 23 maart 2007, LJN BA0575.

5.3.1 Addendum voorstel strafbepalingen

In artikel 2.4.14 Voorontwerp wordt verwezen naar de misdrijven genoemd in Boek 2 titel XXVI Sr. Het gaat in deze titel om de strafbaarstelling van de benadeling van schuldeisers of rechthebbenden. Dit zijn ongeoorloofde gedragingen in het kader van insolventieprocedures, die thans strafbaar worden gesteld in de artikelen 340 Sr tot en met 349 Sr, de bankbreuk delicten. Zij zijn onder te verdelen in eenvoudige en bedrieglijke bankbreuk. In de voorgestelde strafbepalingen zijn deze niet meer terug te vinden. De wijziging van de geldende civielrechtelijke normen in het Voorontwerp maakt het nodig dat de strafbepalingen worden aangepast. Een voorstel voor de nieuwe strafbepalingen is in een addendum bij het Voorontwerp opgenomen.²³ Afgezien van deze delicten, zijn er nog andere delicten die met een insolventieprocedure verband houden, maar die niet in Boek 2 titel XXVI Sr zijn ondergebracht, zoals:

- Artikel 194 Sr in Titel VIII: misdrijven tegen het openbaar gezag. In dit artikel wordt in de voorgestelde tekst strafbaar gesteld hij die insolvent is verklaard of ten aanzien van wie een termijn van nadere inspanning na de insolventie is vastgesteld en wettelijk verplicht is tot het geven van inlichtingen, hetzij zonder geldige reden opzettelijk wegblijft, hetzij weigert de vereiste inlichtingen te geven, hetzij opzettelijk onjuiste of onvolledige inlichtingen verstrekt. Terzake van dit zelfde feit wordt ook gestraft hij die in de insolventie van een ander wettelijk verplicht is tot het geven van inlichtingen en dit weigert.
- Artikel 442 Sr in Titel II: overtredingen betreffende de openbare orde. In dit artikel wordt thans nog strafbaar gesteld het eigenmachtig optreden tijdens surseance van betaling.
- De bedrogdelicten in Titel XXV Sr, zoals bedrog in de jaarstukken. Daarvan is sprake indien de schuldenaar, de bestuurder, beherende vennoot of commissaris van een rechtspersoon of vennootschap, opzettelijk een onware staat of een onware balans, winst- en verliesrekening, een onware staat van baten en lasten of toelichting op één van die stukken openbaar maakt of zodanige openbaarmaking opzettelijk toelaat (artikel 336 Sr).
- Ook kan nog worden genoemd de in Titel XII Sr opgenomen delicten: zoals valsheid in geschrifte (artikel 225 Sr).

Deze delicten worden niet in artikel 2.4.14 Voorontwerp genoemd.

5.3.2 Wie kan de strafrechtelijke aansprakelijkheid betreffen?

Artikel 4.2.14 Voorontwerp noemt de schuldenaar. Strafbare feiten kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen (artikel 51 lid 1 Sr). Indien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, kan de strafvervolgning worden ingesteld en kunnen de in de wet voorziene straffen en maatregelen, indien zij daarvoor in aanmerking komen, worden uitgesproken:

²³ Het addendum is opgesteld door C.M. Hilverda.

- tegen de rechtspersoon, of;
- tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede tegen hen die de feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging, of;
- tegen het boven genoemde tezamen (artikel 51 lid 2 Sr).

Met de rechtspersoon wordt gelijkgesteld: de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, de maatschap, de rederij en het doelvermogen (artikel 51 lid 3 Sr). Het faillissement van een rechtspersoon sluit vervolging niet uit.²⁴ De in staat van faillissement verklaarde rechtspersoon wordt niet, naar analogie van artikel 69 Sr (het recht op strafvervolging vervalt door de dood van de verdachte), als ‘overleden’ beschouwd. Indien de rechtspersoon wordt omgezet in, of wordt voortgezet door een andere rechtspersoon, kan de laatste worden vervolgd ter zake van feiten begaan door de eerste. Hier wordt niet civielrechtelijk gekeken of zij wel hetzelfde rechtssubject zijn, maar is de maatschappelijke realiteit bepalend. Indien bijvoorbeeld de ‘nieuwe’ rechtspersoon, na een al dan niet ‘georkestreerde’ doorstart, hetzelfde bedrijf uitoefent als de ‘oude’ rechtspersoon, zij dezelfde directeur en dezelfde naam hebben, kan de ‘nieuwe’ worden vervolgd voor feiten begaan door de ‘oude’.²⁵ Indien de schuldenaar een rechtspersoon is die insolvent is verklaard, heeft een strafrechtelijke aangifte overigens weinig zin, tenzij de aangifte zich tevens richt tegen de bestuurder en commissaris. In het addendum bij het Voorontwerp wordt een uitleg van de begrippen ‘bestuurder en commissaris’ gegeven, zoals die thans uit de wetgeving en jurisprudentie blijkt.²⁶

Het komt voor dat de bestuurders of commissarissen die verantwoordelijkheid dragen voor het nakomen van de verplichtingen, vóór of tijdens de insolventie van de rechtspersoon of vennootschap defungeren en er uiteindelijk geen enkele bestuurder of commissaris overblijft. Gelet op hun eerdere verantwoordelijkheid blijven in ieder geval de laatst overgebleven bestuurder en commissaris verantwoordelijk voor de naleving van de bewaar-, inlichtingen- en afgifteverplichtingen. Dit betekent dat deze verplichtingen zich ook uitstrekken tot degene die als laatste de formeel en/of feitelijk bestuurder of commissaris is geweest.

5.3.3 Derden

Uit de systematiek van Titel XXVI volgt dat deze strafbaarstellingen, afgezien van de schuldenaar en de bestuurders ook derden, met name schuldeisers betreffen. Deze derden kunnen, als zij al dan niet met medeweten van de schuldenaar

²⁴ HR 20 maart 1990, NJ 1991, 8.

²⁵ HR 28 november 1980, NJ 1981, 123; zie ook HR 13 oktober 1998, NJ 1999, 498.

²⁶ Vgl. de artikelen 2:138/248 lid 7 BW en de artikelen 4.1.7, 5.3.10 en 8.2 lid 9 Voorontwerp; HR 3 december 1974, NJ 1975/229 ten aanzien van ‘bestuurder’ in artikel 343 Sr; HR 5 juni 1998, NJ 1998/668 en HR 23 november 2001, NJ 2002/95 ten aanzien van ‘bestuurder’ in artikel 2:10 BW; artikel 5 Wet conflictenrecht corporaties en artikel 7 Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen.

een goed aan de boedel onttrekken, dikwijls ook als medepleger worden vervolgd. Zo is er ook een zekere samenhang tussen de artikelen 42 Fw, 47 Fw en 344 Sr. De wetgever heeft willen voorkomen dat tussen artikel 344 Sr, welke bepaling zich richt tot de schuldeiser, en artikel 47 Fw een discrepantie zou (voort)bestaan. De term ‘ten gevolge van overleg met de schuldenaar’ in artikel 344 Sr brengt tot uitdrukking dat moet komen vast te staan dat het overleg, dat de verkorting ‘door begunstiging van de verdachte (schuldeiser)’ tot doel had en dat bij het overleg dus de bedoeling tot die verkorting, zowel bij de schuldeiser als bij de schuldenaar, aanwezig was.²⁷

5.3.4 Belang bij strafrechtelijke procedure

Een curator doet in de regel geen aangifte omdat het strafrechtelijk traject arbeidsintensief is, het de boedel meestal geen financieel voordeel oplevert en de schuldeisers er toch niet beter van worden. De curator moet zich slechts laten leiden door de vraag wat in het belang van de boedel is.²⁸ Dat belang wordt vaak niet gezien. Nu is het zeker mogelijk dat er voor de curator toch een belang kan zijn om voor de strafrechtelijke weg te kiezen.²⁹ Buruma noemt de volgende belangen:³⁰

- In het strafrechtelijk traject kunnen dwangmiddelen worden gebruikt: zoals aanhouding, in verzekeringstelling en voorlopige hechtenis, die, alleen al door de psychologische druk die daarvan uitgaat, vruchten kunnen afwerpen.
- Indien er activa (tegoeden) in het buitenland zijn. Het is soms niet mogelijk hierop beslag te leggen. Deze vallen door de universele werking van het Europese Insolventie Verordening – afhankelijk van het land waar deze activa zich bevinden – wel onder het Nederlandse faillissementsbeslag, maar zij blijven meestal onbereikbaar voor de bewindvoerder. Sedert het Verdrag inzake het witwassen, de opsporing, de inbeslagneming en de confiscatie van opbrengsten van misdrijven van 8 november 1990, kan de weg van strafrechtelijk conservatoir beslag worden bewandeld.³¹ In dit verdrag is de plicht neergelegd maatregelen te nemen ‘die noodzakelijk zijn om de lidstaat in staat stellen hulpmiddelen en opbrengsten, of voorwerpen waarvan de waarde overeenkomt met die opbrengsten, met betrekking tot alle strafbare feiten te confisceren’. Artikel 2 van dit verdrag verplicht lidstaten tot het nemen van alle maatregelen die voorzien in de tenuitvoerlegging van beslissingen tot object-confiscatie en waardeconfiscatie. Krachtens artikel 13 van ditzelfde verdrag moet een staat die van een andere staat een verzoek tot confiscatie heeft ontvangen, de buitenlandse rechterlijke beslissing tot confiscatie (van strafrechte-

²⁷ HR 2 november 2004, LJN AP4229.

²⁸ Adv.bl. 63-13, 1983, p. 309-310.

²⁹ HR 2 december 1983, NJ 1984, 306.

³⁰ Y. Buruma, ‘De strafprocessuele positie van de curator’, in ‘De curator, een octopus’, p. 347-358.

³¹ Trb. 1990, 172.

lijke aard) ten uitvoerleggen, of het verzoek voorleggen aan zijn bevoegde autoriteiten.

- Indien er internationale rechtshulp nodig is. Een belangrijke internationale overeenkomst is het Europees Verdrag aangaande de wederzijdse hulp in strafzaken.³² Op grond van dit verdrag kunnen in het buitenland getuigen worden gehoord, kan bewijsmateriaal veilig worden gesteld en kunnen activa in beslag worden genomen en aan de Nederlandse justitie worden overgedragen. Als dat gebeurt kan de curator opheffing van het strafrechtelijk beslag verzoeken.
- Indien de curator zich kan voegen als benadeelde partij. Hij doet dit ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers die rechtstreeks schade hebben geleden door een strafbaar feit (artikel 51a Sv). Het maakt hierbij niet uit of de schuldenaar of een derde verdachte was. Ook de schuldeiser heeft deze mogelijkheid.³³ De benadeelde partij heeft de keuze tussen hetzij een civiele procedure, hetzij voeging binnen het strafproces.³⁴ Hierbij kunnen zich dezelfde vragen van samenloop voordoen als bij de vordering tot herstel van de boedel. Hiervoor wordt verwezen naar hoofdstuk 6.

Ook kan nog worden gedacht aan het volgende:

- Indien justitieel beslag is gelegd op al dan niet verbeurd verklaarde vermogensbestanddelen, kunnen belanghebbenden zich schriftelijk beklagen, onder meer over inbeslagneming, over het gebruik van in beslag genomen voorwerpen en over het uitblijven van een last tot teruggave (artikel 552a Sv). Ingevolge artikel 552b Sv kunnen belanghebbenden, anderen dan de veroordeelde, zich schriftelijk beklagen over de verbeurdverklaring van hun toekomstige voorwerpen of over de onttrekking van zodanige voorwerpen aan het verkeer.

Is de curator zo'n belanghebbende? De Hoge Raad heeft hierover het volgende beslist:

‘onder belanghebbende in de zin van artikel 552b Sv moet worden verstaan degene die stelt dat hij op grond van de wet krachtens eigendom, een beperkt recht of anderszins, dan wel op grond van een overeenkomst er aanspraak op kan maken dat de in dat artikel bedoelde voorwerpen aan hem worden teruggegeven. Ingevolge artikel 23 Fw verliest de schuldenaar van rechtswege het beheer over zijn tot het faillissement behorend vermogen te rekenen van de dag waarop de faillietverklaring is uitgesproken. Krachtens artikel 68 Fw gaat het beheer dan over op de curator die – behoudens in geval van akkoord – de boedel moet vereffenen. Dit brengt mee dat de curator er aanspraak op kan maken dat in beginsel alle in beslag genomen en tot de failliete boedel behorende voorwerpen en geldbedragen aan hem worden afgegeven.’³⁵

³² Besluit van de Raad van 29 mei 2000 tot vaststelling, overeenkomstig artikel 34 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, van de Overeenkomst betreffende de wederzijdse rechtshulp in strafzaken tussen de lidstaten van de Europese Unie.

³³ HR 15 april 2003, NJ 2003, 377 en HR 11 april 2006, NJ 2006, 264.

³⁴ EHRM 12 februari 2004, no. 47287/99 (Perez v. Frankrijk), NJ 2005, 12.

³⁵ HR 12 maart 1996, NJ 1996, 479; HR 23 december 1986, NJ 1987, 728; HR 10 december 1999, LJN AA3840.

Maar indien de curator zich als benadeelde partij meldt, moet komen vast te staan dat de boedel als gevolg van de bewezen verklaarde feiten rechtstreeks schade heeft geleden, zoals bedoeld in de artikelen 51a lid 1, en 361 lid 2 Sv. De benadeelde partij moet zijn getroffen in een belang dat door de overtreden strafbepaling wordt beschermd.³⁶

5.4 Civielrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid

Reeds bij de totstandkoming van de Faillissementswet in 1896 is rekening gehouden met de mogelijkheid van oneigenlijk gebruik van het faillissement. Zo waarschuwden sommige Kamerleden dat de huurder, die een door hem aangegane huur bezwaarlijk acht, zich van de betaling van de huursom zal kunnen bevrijden door zich failliet te laten verklaren.³⁷ Er zijn veel vormen van ‘oneigenlijk’ gebruik van een insolventieprocedure, die al dan niet als fraude aan te merken zijn. Een bijzondere vorm van insolventiefraude doet zich voor indien het faillissement wordt gebruikt als saneringsinstrument om werknemers te kunnen ontslaan, terwijl de werkgever niet insolvent is. In dit verband is van belang artikel 3:13 BW, welke bepaling op grond van artikel 3:15 BW ook in het faillissementsrecht van toepassing is. Van een bevoegdheid kan misbruik worden gemaakt door haar uit te oefenen met een ander doel dan waarvoor zij is verleend, mede in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad.³⁸ Een oneigenlijk of frauduleus element bij de overgang van een onderneming kan ook aanwezig zijn bij een ‘doorstart’: dit is de voortzetting van (een deel van) de ondernemingsactiviteiten van een rechtspersoon in een andere – al dan niet gelieerde – rechtspersoon, waarbij de oude rechtspersoon na de faillissementsprocedure ophoudt te bestaan (via artikel 2:19 lid 1 sub c BW), terwijl een deel van de schulden van de oude rechtspersoon onbetaald achter blijft en/of een deel van het personeelsbestand na ontslag door de curator met gebruikmaking van artikel 40 Fw met een relatief korte opzegtermijn en zonder afvloeiingsregeling aan de kant wordt gezet.³⁹

In de jaren '70 van de vorige eeuw kwamen er alarmerende berichten over deze vorm van fraude en andere vormen van misbruik van rechtspersonen. Rechtspersonen (voornamelijk besloten vennootschappen) werden eerst met enorme schulden overladen en daarna financieel leeggeroofd. De rechtspersoon ging vervolgens failliet en hield, na opheffing wegens de toestand van de boedel en met achterlating van de schulden, op te bestaan. De personen achter de fraude verdwenen of zetten hun praktijken, via een stroman of een nieuwe lege rechts-

³⁶ Rb. Alkmaar 25 augustus 2004, LJN AQ7508.

³⁷ Van der Feltz, I. blz. 420

³⁸ R. Knecht, ‘Faillissementsen en selectief ontslag, een onderzoek naar “oneigenlijk” gebruik van de faillissementswet’, Hugo Sinzheimer Instituut, Universiteit van Amsterdam, 1996.

³⁹ R.D. Vriesendorp, ‘Doorstarten en onbehoorlijk bestuur’, Insolad Jaarboek, 1977.

persoon, gewoon weer voort. Als antwoord hierop heeft de wetgever misbruikwetgeving in stelling gebracht: de Wet Ketenaansprakelijkheid, de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid (WBA, de Tweede Misbruikwet) en de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid bij Faillissement (WBF, de Derde Misbruikwet). Deze misbruikwetgeving richt zich niet alleen op misbruik in de zin van frauduleus handelen, maar ook op onverantwoord of roekeloos ondernemerschap. Zij keert zich tegen bestuurders van de rechtspersonen waarbij dat plaatsvindt.

5.4.1 WBF (Derde Misbruikwet)

Op grond van de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid bij Faillissement (WBF)⁴⁰ is iedere bestuurder hoofdelijk aansprakelijk voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en het aanneemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit artikel 2:10 BW of artikel 2:394 BW heeft het zijn taak onbehoorlijk vervuld en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Een onbelangrijk verzuim wordt niet in aanmerking genomen. De rechter kan voorts het bedrag van de aansprakelijkheid van de bestuurders of van een afzonderlijke bestuurder verminderen, indien hem dit bovenmatig voortkomt gelet op de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling, de andere oorzaken van het faillissement, alsmede de wijze waarop dit is afgewikkeld en de tijd gedurende welke die (afzonderlijke) bestuurder als zodanig in functie is geweest in de periode waarin de onbehoorlijke taakvervulling plaatsvond. De vordering kan slechts worden ingesteld op grond van onbehoorlijke taakvervulling in de periode van drie jaren voorafgaande aan het faillissement. Een aan de bestuurder verleende kwijting staat het instellen van de vordering niet in de weg. Met een bestuurder wordt voor de toepassing van dit artikel gelijk gesteld degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder. De vordering kan niet worden ingesteld tegen de door de rechter benoemde curator (artikelen 2:138 en 2:248 BW). Dit artikel laat onverlet de bevoegdheid van de curator tot het instellen van een vordering op grond van de overeenkomst van de vennootschap met de bestuurder of op grond van artikel 2:9 BW.

Indien door de jaarrekening, door tussentijdse cijfers of door het jaarverslag voor zover deze bekend zijn gemaakt, een misleidende voorstelling wordt gegeven van de toestand van de vennootschap, zijn de bestuurders tegenover derden hoofdelijk aansprakelijk voor de schade, die zij dientengevolge hebben geleden. De bestuurder, die bewijst dat dit aan hem niet te wijten is, is niet aansprakelijk (artikelen 2:139 en 2:249 BW). De curator komt op voor het tekort in de boedel, dat wil zeggen de schulden die niet door vereffening van de boedel kunnen wor-

⁴⁰ Wet van 21 mei 1986, Stb. 1986, Stb. 275 (in werking getreden op 1 januari 1987).

den voldaan. Dit tekort bestaat uit alle pre-insolventieschulden en de boedel-schulden, inclusief de fiscale schulden. Het is een civielrechtelijke dagvaar-dingsprocedure.

5.5 Bestuursrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid

Ook het belastingrecht kent misbruikwetgeving, de Wet Ketenaansprakelijkheid en de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid (WBA). Op grond van beide wetten kunnen bestuurders en anderen aansprakelijk worden gesteld voor de (belas-ting)schulden van de rechtspersoon. In het kader van deze fiscaalrechtelijke aansprakelijkheid wordt de commissaris nergens expliciet genoemd. De WBA kan op hem van toepassing zijn indien de commissaris (tevens) kan worden aangemerkt als leider van de vaste inrichting, vaste vertegenwoordiger, vereffe-naar (artikel 33 IW), gewezen bestuurder of (mede) beleidsbepaler (artikel 36 en 36a IW). Deze aansprakelijkheid op grond van de WBA kan intreden, ook al is er (nog) geen sprake van insolventie. Er is ook geen tweedeling (aansprakelijk-heid tegenover de rechtspersoon en aansprakelijkheid tegenover derden) zoals hiervoor besproken. De fiscale aansprakelijkheid is een aansprakelijkheid tegen-over een derde: de Belastingdienst.

5.5.1 De Wet Ketenaansprakelijkheid

De Wet Ketenaansprakelijkheid⁴¹ heeft geen betrekking op misbruik van de rechtspersoon zelf maar op het ontgaan van de betaling van premies van sociale verzekeringswetten en belasting uit hoofde van loon- en omzetbelasting. Een praktijk die veelvuldig voorkwam bij koppelbazen en onderaannemers die deze premies en belastingen achterhielden, hun personeel zwart betaalden en daar-door hun diensten goedkoop konden aanbieden, waarna zij vervolgens weer verdwenen. De wet legt een risicoaansprakelijkheid voor de verschuldigde pre-mies en belastingen (van de onderaannemer) op aan de rechtspersoon die van deze diensten gebruik maakt (de aannemer of inlener). De bepalingen hiervoor zijn opgenomen in artikel 35 IW, artikel 24b Uitvoeringsbesluit Omzetbelasting 1968 en (tot 1 januari 2006) in de artikelen 16b en 16c Coördinatiewet Sociale Verzekering (CSV).

Vanaf 1 januari 2006 is de CSV komen te vervallen. Sedert 2002 is gewerkt aan een wetsvoorstel dat beoogt de processen van heffing en inning van premies voor sociale verzekeringen en de belastingen verder te vereenvoudigen. Op 1 januari 2006 is de Wet financiering sociale verzekeringen in werking getreden ('Wfsv').⁴² De taken van het UWV inzake de heffing en inning van premies voor de volksverzekeringen (ZW, WW, WAO en Zfw), maar ook de mogelijk-heid om derden aansprakelijk te stellen voor niet-betaalde premie, werden over-

⁴¹ Wet van 4 juni 1981, Stb. 370, in werking getreden op 1 juli 1982.

⁴² Wet van 16 december 2004, Stb. 2005, 36, in werking getreden per 1 januari 2006 bij besluit van 15 december 2005, Stb. 2005, 717.

geheveld van UWV naar de Belastingdienst. De systematiek van afdracht op aangifte, zoals bij de loonbelasting, is ook van toepassing op de premies voor de werknemersverzekeringen. Daarnaast zijn de heffing en inning van loonbelasting, de premies volksverzekeringen en de premies van de werknemersverzekeringen samengevoegd en in één aangifte opgenomen. De premiesystemen die het UWV hanteerde zijn hiermee komen te vervallen.⁴³ Dit betekent dat werkgevers voortaan bij één loket terecht kunnen. Dit systeem dient om het werkproces van de Belastingdienst zo efficiënt mogelijk te maken. Het fiscale sanctiesysteem, in de vorm van bestuurlijke (verzuim- of vergrijp-) boeten en strafrechtelijke vervolging, blijft gehandhaafd. Dit komt overeen met de Richtlijn inzake fraudegevallen premies werknemersverzekeringen en de ATV-richtlijnen.⁴⁴ De rijksbelastingdienst vordert de premie voor de volksverzekeringen en de premies voor de werknemersverzekeringen in (artikel 60 lid 1 Wfsv). Bij de invordering van premie voor de volksverzekeringen zijn de regels geldende voor de invordering van de inkomstenbelasting onderscheidenlijk de loonbelasting van overeenkomstige toepassing (artikel 60 lid 2 Wfsv). Op grond van artikel 60 lid 3 Wfsv zijn bij de invordering van de premies voor de werknemersverzekeringen de regels geldende voor de invordering van de loonbelasting van overeenkomstige toepassing (met uitzondering van artikel 38 lid 1, a IW). De materiele aansprakelijkheidsbepalingen – op grond waarvan de Ontvanger anderen dan de belastingschuldige aansprakelijk kan stellen voor (bepaalde) belastingschulden – kunnen op een enkele uitzondering na van overeenkomstige toepassing worden verklaard op de gevallen waarin een derde voor premieschulden aansprakelijk kan worden gesteld.⁴⁵ Verhogingen als bedoeld in artikel 21 AWR werden uitgezonderd omdat het ‘onbillijk zou zijn om voor de verhoging, die het karakter heeft van een administratieve boete welke uitsluitend het gevolg is van het handelen van de belastingschuldige, een derde hoofdelijk aansprakelijk te stellen.’

Bij dezelfde wet werd ook een aansprakelijkheidsregeling ingevoerd voor inleners van – tot een ander in dienstbetrekking staande – werkrachten ter zake van de (loon- en omzet)belasting en premieschulden van die ander (artikelen 32a, later 32b Wet LB 1964). Voor deze categorie werd echter geen uitzondering gemaakt voor de door die ander ingevolge artikel 21 of 22 AWR verschuldigde verhogingen (eventuele bestuurlijke boeten). Het gerechtshof te Den Haag besliste dat de inlener niet aansprakelijk kon worden gesteld voor een aan de (formele) werkgever opgelegde verhoging op grond van artikel 21 AWR omdat deze straf een persoonlijk karakter heeft. Uit artikel 32b Wet LB 1964 bleek volgens het Hof niet dat de wetgever op dat persoonlijke karakter een inbreuk

⁴³ Wet financiering van de sociale verzekering, van 16 december 2004, Stb. 2005, 36, in werking getreden per 1 januari 2006 bij besluit van 15 december 2005, Stb. 2005, 717.

⁴⁴ Aanmeldings-, Transactie- en Vervolgingsrichtlijnen voor fiscale delicten en douanedelicten 2006 (Stcrt. 2005, 247).

⁴⁵ Bedoelde uitzondering ziet op het bepaalde in artikel 38 lid 1, onderdeel a Iw.

heeft willen maken en de inlener ook aansprakelijk heeft willen houden voor de door de (formele) werkgever verschuldigde verhogingen.⁴⁶

5.5.2 De (WBA) Wet Bestuurdersaansprakelijkheid (tweede misbruikwet)

De Wet Bestuurdersaansprakelijkheid (WBA)⁴⁷ stelt bestuurders van een rechtspersoonlijkheid bezittend lichaam, in de zin van de Algemene wet inzake rijksbelasting dat volledig rechtsbevoegd is en voor zover het aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen, onder bepaalde omstandigheden persoonlijk aansprakelijk voor enige specifieke schulden jegens de Belastingdienst, (zoals de door de rechtspersoon verschuldigde loon- en omzetbelasting), jegens de bedrijfsvereniging, later het uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen, (zoals werknemers- en volksverzekeringspremies) en jegens het bedrijfspensioenfonds, (zoals bijdragen ter zake van de verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds).⁴⁸ Via deze wet werden de (thans vervallen) Coördinatie-wet Sociale Verzekering (CSV), de (inmiddels vervangen) Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds, de Wet op de loonbelasting (1964) en de Wet op de omzetbelasting (1968) gewijzigd. In deze wetten waren de bepalingen opgenomen voor de persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder voor deze schulden. Per 1 juni 1990 is de aansprakelijkheid voor de fiscale schulden ondergebracht in de Invorderingswet (1990) in plaats van in de genoemde heffingswetten. De wetstekst van de WBA vindt men thans in de artikelen 23 en 24 Wet Bpf (2000) en in artikel 36 IW. De mogelijkheid om derden aansprakelijk te stellen voor niet-betaalde premie is overgeheveld van het UWV naar de Ontvanger. De in hoofdstuk VI, eerste afdeling Invorderingswet (1990) opgenomen materiële aansprakelijkheidsbepalingen, op grond waarvan de Ontvanger anderen dan de belastingschuldige aansprakelijk kan stellen voor (bepaalde) belastingschulden, kunnen, op een enkele uitzondering na, van overeenkomstige toepassing worden verklaard op de gevallen waarin een derde voor premieschulden aansprakelijk kan worden gesteld. Bedoelde uitzondering ziet toe op het bepaalde in artikel 38 lid 1, a IW.⁴⁹

5.5.3 Mededeling betalingsonmacht

Het hiervoor bedoelde lichaam is verplicht om, onverwijld nadat gebleken is dat het niet tot betaling van deze belastingen in staat is, daarvan mededeling te doen aan de Ontvanger en, indien de Ontvanger dit verlangt, nadere inlichtingen te verstrekken en stukken te overleggen. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden nadere regels gesteld met betrekking tot de inhoud van de me-

⁴⁶ Hof Den Haag 9 maart 1993, VN 1 juli 1993 p. 1986, pt. 26.

⁴⁷ Wet van 21 mei 1986, Stb. 276, in werking getreden op 1 januari 1987.

⁴⁸ Deze wet is inmiddels vervangen door de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstak pensioenfonds (2000). Wet van 21 december 2000, Stb. 2000, 628 (Wet Bpf 2000).

⁴⁹ Aansprakelijkheid voor ten onrechte niet ingehouden loonbelasting en kansspelbelasting voor artiesten, topsporters, een gezelschap of leden van een gezelschap.

dedeling, de aard en de inhoud van de te verstrekken inlichtingen en de over te leggen stukken, alsmede de termijnen waarbinnen één en ander dient te geschieden. Elke bestuurder is bevoegd om namens het lichaam aan deze verplichting te voldoen (artikel 36 lid 2 IW). Als hieraan is voldaan, is een bestuurder aansprakelijk indien aannemelijk is, dat het niet betalen van de belastingschuld het gevolg is van aan hem te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur in de periode van drie jaar, voorafgaande aan het tijdstip van de mededeling (artikel 36 lid 3 IW). Indien het lichaam niet of niet op juiste wijze aan deze verplichting heeft voldaan, dan is een bestuurder aansprakelijk, met dien verstande dat wordt vermoed dat de niet-betaling aan hem is te wijten en dat de periode van drie jaren wordt geacht in te gaan op het tijdstip waarop het lichaam in gebreke is. Tot de weerlegging van het vermoeden wordt slechts toegelaten de bestuurder die aannemelijk maakt dat het niet aan hem is te wijten dat het lichaam niet aan zijn verplichting heeft voldaan (artikel 36 lid 4 IW). Eenzelfde regeling geldt voor de sociale verzekeringspremies.

Aansprakelijkstelling geschiedt bij een voor bezwaar vatbare beschikking door de Ontvanger. De beschikking vermeldt in ieder geval het bedrag waarvoor de aansprakelijkheid bestaat en de termijn waarbinnen het bedrag moet worden betaald. Voor zover de aansprakelijkstelling betrekking heeft op een bestuurlijke boete, dan geschiedt zij met overeenkomstige toepassing van hoofdstuk VIIIA, afdeling 2 AWR (artikel 49 lid 1 IW). Op het bezwaar, beroep, hoger beroep en beroep in cassatie inzake deze beschikking is hoofdstuk V (bezwaar en beroep) AWR van overeenkomstige toepassing (artikel 49 lid 3 IW). Indien er sprake is van een onvoldoende gemotiveerde betwisting of een betwisting waarmee de Ontvanger zich niet kan verenigen, dagvaardt hij de aansprakelijk gestelde voor de burgerlijke rechter. Hij doet dit in beginsel binnen twee maanden na ontvangst van de schriftelijke mededeling waarin de aansprakelijkstelling is betwist (artikel 49 par. 3 lid 1 leidraad Invordering 1990). Deze termijn van twee maanden is niet bedoeld als een instructie- of streefnorm, maar was oorspronkelijk een fatale termijn, binnen welke de Ontvanger moest dagvaarden op straffe van verlies van het recht daartoe. Dit is na 1 januari 2006 verlaten.

5.5.4 Omkering van de bewijslast

In de Invorderingswet is een omkering van de bewijslast opgenomen. Dit is ook het geval in het Burgerlijk Wetboek, waarin is bepaald dat het bestuur verplicht is van de vermogenstoestand van de rechtspersoon en van alles betreffende de werkzaamheden van de rechtspersoon, naar de eisen die voortvloeien uit deze werkzaamheden, op zodanige wijze een administratie te voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze te bewaren, dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend (artikel 2:10 BW) en dat uiterlijk dertien maanden na afloop van het boekjaar de jaarrekening openbaar is gemaakt. Het openbaar maken van de jaarrekening geschiedt binnen acht dagen na de vaststelling door

het neerleggen daarvan op het kantoor van het handelsregister, dat wordt gehouden door de bevoegde Kamer van Koophandel en Fabrieken. Op de neergelegde jaarrekening moet de dag van vaststelling en goedkeuring zijn aangetekend (artikel 2:394 lid 3 BW). Is aan die verplichtingen voldaan dan is de bestuurder slechts aansprakelijk indien aannemelijk is dat het faillissement het gevolg is van aan hem te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur in de periode van drie jaren, daaraan voorafgaande. Indien het bestuur niet heeft voldaan aan deze verplichtingen, dan heeft het zijn taak onbehoorlijk vervuld en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Niet aansprakelijk is de bestuurder die bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden (artikel 2:138/248 BW).

De mededeling betreffende de betalingsonmacht in de WBA vervult dezelfde rol als de boekhoudverplichting en het deponeren van de jaarrekening in de WBF. Schending doet de bewijslast omkeren. In beide regelingen geldt overigens dezelfde test: er moet sprake zijn van kennelijk onbehoorlijk bestuur als belangrijke oorzaak van het faillissement.

5.5.5 Kennelijk onbehoorlijk bestuur

Van kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 36 lid 3 IW kan slechts worden gesproken als geen redelijk denkend bestuurder, onder dezelfde omstandigheden, aldus zou hebben gehandeld.⁵⁰ Men kan ook zeggen dat de taakvervulling door een bestuurder zodanig moet zijn geweest dat geen redelijk oordelend mens haar behoorlijk zou oordelen.⁵¹ Door de toevoeging van het woord ‘kennelijk’ is duidelijk gemaakt dat het onbehoorlijke van de taakvervulling onmiskenbaar moet zijn, buiten kijf moet staan, voor verstandige ondernemers in dezelfde of aanverwante tak van bedrijvigheid.⁵² Krachtens de WBF wordt gesproken van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur. In het algemeen kan worden gesteld dat, indien het bestuur als kennelijk onbehoorlijk wordt aangemerkt, dit voor zowel de WBA als de WBF zal gelden.⁵³ Het gaat om hetzelfde criterium.⁵⁴ De in artikel 36 lid 3 IW gegeven norm heeft ook geldingskracht bij de toepassing van de artikelen 2:138 en 2:248 BW. In beide gevallen gaat het om een collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur met een individuele mogelijkheid zich te disculperen.

⁵⁰ HR 7 juni 1996, NJ 1996, 695, m.nt. Ma; HR 8 juni 2001, NJ 2001, 454; HR 26 oktober 2001, NJ 2002, 94.

⁵¹ Van Van Schilfgaarde, ‘Misbruik van rechtspersonen’, deel 3, Serie vanwege Instituut Ondernemingsrecht Groningen, p. 23.

⁵² Asser-Maeijer 2-III 2000, nr. 329.

⁵³ In de ontwerpen voor de WBA (16 530) en de WBF (16 631) worden steeds dezelfde voorbeelden genoemd.

⁵⁴ Van Schilfgaarde, a.w., p. 19 e.v.

5.5.6 Samenloop van vorderingen

Indien de rechtspersoon insolvent is verklaard en schuldeisers, inclusief de Ontvanger, onbetaald zijn gebleven omdat de bestuurder kennelijk onbehoorlijk heeft bestuurd, dan kan zowel de curator als de Ontvanger in actie komen. De curator kan dit doen op grond van de artikelen 2:9 BW en/of 2:138 en 2:249 BW. De Ontvanger kan de bestuurder aanspreken op grond van artikel 36 IW. Samenloop van vorderingen zal zich dan zeker kunnen voordoen. De wetgever heeft dit probleem gesignaleerd, maar geeft hiervoor geen oplossing. In de Leidraad Invordering (1990) lezen we dat de Ontvanger in dat geval contact opneemt met de curator voor overleg (artikel 36, par. 1, lid 3). Eén van de problemen die zich kunnen voordoen is dat verschillende rechters in verschillende procedures een oordeel moeten geven over in wezen dezelfde feiten en rechtsvragen. Dit kan leiden tot uiteenlopende beoordelingen. De toenmalige minister van Justitie spreekt over een ‘knaap van een theoretisch probleem waarvoor geen theoretische oplossingen denkbaar zijn’ en waarvan hij verwacht dat de praktijk er wel uit weet te komen.⁵⁵ De oplossing van de minister (hetgeen feitelijk geen oplossing is) is dat de curator in de meeste gevallen toch wel een lege boedel zal aantreffen. De curator zal zich dan tot de minister wenden en hem verzoeken bij wijze van voorschot de nodige middelen te verschaffen voor het instellen van een vordering (de artikelen 2:138 en 248 lid 10 BW en artikel 8.2 lid 12 Voorontwerp). De minister kan dan de curator, de Ontvanger en/of het bedrijfstakpensioenfonds uitnodigen voor overleg. Vervolgens zal gezamenlijk een strategie moeten worden uitgestippeld.⁵⁶ Indien een vordering onder de WBA is gestart, die vooruitzichten biedt, kan de Ontvanger de procedure voortzetten en de curator ‘op een droogje laten zitten’, aldus de minister. Indien het vooruitzicht is dat de aangesproken bestuurder naar alle waarschijnlijkheid onvoldoende verhaal biedt om naast de Ontvanger en het bedrijfstakpensioenfonds ook nog de overige schuldeisers te voldoen, dan ligt het volgens de minister, voor de hand, dat de curator zijn procedure op grond van artikelen 2:138 en 249 BW instelt, waarvoor de curator dan een voorschot ontvangt. De eventueel reeds ingestelde vorderingen op grond van de WBA kunnen dan door de Ontvanger worden gestopt.⁵⁷ De Groot vraagt zich mijns inziens terecht af of alle betrokkenen zich zo gemakkelijk door de minister laten leiden en hun zelfstandig beslissingsrecht in deze zullen opgeven.⁵⁸ De keuze zal mede afhangen van de bewijspositie. Is de melding achterwege gebleven dan verkeert de Ontvanger in een betere bewijspositie. Ontbreekt de boekhouding en zijn de jaarstukken niet

⁵⁵ Zie Handelingen II, Misbruik van rechtspersonen (wetsontwerpen 16 530 en 16 631), p. 6345, zie ook MvA 16 350, nr. 7, p. 20 en MvA 16 631, nr. 6, p. 2-3 en De Groot 2006, p. 109.

⁵⁶ C. Cozijn, ‘Aansprakelijkheid op grond van Wet Bestuurdersaansprakelijkheid bij Faillissement, WODC 111, p. 9: Overleg van curatoren met fiscus en bedrijfsvereniging over aansprakelijkheidstelling op grond van WBA of WBF vindt niet systematisch plaats.

⁵⁷ Zie Handelingen II, Misbruik van rechtspersonen (wetsontwerpen 16 530 en 16 631), p. 6345.

⁵⁸ De Groot 2006, p. 169.

gedeponeerd, dan staat de curator sterker.⁵⁹ In de Memorie van Toelichting wordt daarover ook gezegd:

‘Gevraagd wordt hoe de regering denkt over een samenloop van vorderingen op grond van wetsontwerp 16 350 en de artikelen 138 en 248 boek 2 BW. Indien de schulden aan de fiscus en de bedrijfsvereniging niet kunnen worden voldaan, zullen deze schulden (mede) deel uitmaken van het tekort in het faillissement van de vennootschap, waarvoor de curator de bestuurder ingevolge de artikelen 128 en 248 aansprakelijk kan stellen. De fiscus en de bedrijfsvereniging kunnen evenwel ook zelf de bestuurders ter zake aansprakelijk stellen. Er is dan een samenloop (...) en zullen de vorderingen van de fiscus en de bedrijfsvereniging wegens hun bevoorrechtiging voorrang hebben boven de vordering van de curator.’⁶⁰

Op grond van artikel 67o en artikel 69a AWR geldt een zogenoemd ‘una via’-beginsel. Indien reeds een fiscale boete is opgelegd is het niet meer mogelijk voor hetzelfde feit te vervolgen. Indien reeds een strafrechtelijke vervolging is ingesteld, vervalt de bevoegdheid om een fiscale boete op te leggen. Voor boeteoplegging in faillissement gelden geen bijzondere regels.

5.5.7 Redelijk termijn

De Ontvanger die een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure aanvangt is gebonden aan een redelijke termijn. Het voorschrift van artikel 6 EVRM, dat berechting van een straf(achtige) zaak binnen een redelijke termijn moet plaatsvinden, beoogt te voorkomen dat een medeburger jegens wie een verdenking rijst en jegens wie een vervolging wordt ingesteld (in ons geval: een (beboete) schuldenaar of de bestuurder daarvan) langer dan redelijk is onder de dreiging van een (verdere) strafvervolging zou moeten leven.⁶¹

Corstens geeft de volgende redenen om strafzaken binnen redelijke termijn af te doen:

- Het is onrechtvaardig verdachten lang met de dreiging van strafvervolging en de onzekerheid over bestraffing te confronteren (het mensenrechtelijke aspect);
- Ook het slachtoffer kan onder de onzekerheid over vervolging en berechting lijden;
- De burger die ervaart dat strafrechtspleging (zeer) traag gaat, is gemakkelijker geneigd de strafrechtelijk gesanctioneerde normen minder serieus te nemen;
- De waarheidsvinding is gediend met een voortvarende afdoening van zaken, onder meer omdat herinneringen van getuigen onbetrouwbaarder worden.⁶²

⁵⁹ HR 18 oktober 2002, NJ 2002, 612.

⁶⁰ Kamerstukken II 1983/84, MvT 16 631, nr. 6, p. 2-3.

⁶¹ HR 23 september 1980 (strafkamer), NJ 1981, 116.

⁶² Corstens 1999, p. 493 en HR 3 oktober 2000, NJ 2000, 721, m.nt. JdH.

Aanvang van de termijn. De termijn begint, voor zover het bestuurlijke boeten betreft, te lopen als de Ontvanger of een ander bestuursorgaan aankondigt dat het voornemen bestaat tot aansprakelijkheidstelling over te gaan. Het EHRM oordeelde het moment van de ‘criminal charge’ in een belastingboetezaak op het tijdstip waarop de (Zweedse) belastingdienst aan de klagers het voornemen tot het opleggen van de bestuurlijke boeten bekendmaakte.⁶³ Het moment van de criminal charge in belastingboete-zaken is het moment waarop vanwege de belastingadministratie jegens de belastingplichtige een handeling wordt verricht waaraan deze in redelijkheid de verwachting heeft kunnen ontleen dat de inspecteur een verhoging zal opleggen.⁶⁴ De aankondiging van een boete (bijv. in een aan de belanghebbende toegezonden controlerapport van de fiscus of in een mededeling ex artikel 67k AWR) en de mededeling van de gronden waarop het boetevoornemen berust (zie artikel 67k AWR) kunnen in elk geval als zodanig worden aangemerkt.

Voor het overige begint de redelijke termijn als bedoeld in artikel 6 EVRM te lopen als sprake is van ‘een geschil’, dat wil zeggen dat – tenminste – een standpunt van het bestuursorgaan kenbaar is, ter zake waarvan mag worden aangenomen, of waarmee duidelijk is gemaakt, dat de wederpartij het daarmee niet eens is en zich daartegen in rechte wil verzetten.⁶⁵ Indien na de melding van betalingsonmacht onvoldoende voortvarend te werk wordt gegaan en het bestuursorgaan met de aansprakelijkheidstelling zonder noodzaak onnodig lang wacht, kan dit talmen in strijd komen met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.⁶⁶ Bij de oordeelsvorming van de CRvB op dit punt speelt een belangrijke rol dat de hoofdelijke aansprakelijkheidstelling van (gewezen) bestuurders rechtstreeks uit de wet voortvloeit en het hier niet gaat om een discretionaire bevoegdheid. Indien aan de criteria van artikel 36 lid 4 IW is voldaan, staat de aansprakelijkheid van de bestuurder voor de onbetaald gebleven premie vast. Bovendien is de aansprakelijkheidstelling van bestuurders niet aan een termijn gebonden. Het bestuursorgaan mag uit zorgvuldigheidsoverwegingen besluiten om eerst de afwikkeling van het faillissement af te wachten, om te bezien of en in hoeverre de in het faillissement gebrachte vordering uit de faillissementsboedel kon worden voldaan, en derhalve van aansprakelijkheidstelling van gedaagde kon worden afgezien.⁶⁷

Wie worden beschermd? Dit is in de eerste plaats de (primaire) belastingplichtige of de inhoudingsplichtige aan wie een verhoging is opgelegd. De vraag is of

⁶³ EHRM 23 juli 2002, nr. 36985/97 (Västberga Taxi Aktiebolag en Vulic v. Sweden), BNB 2003/2, m.nt. Feteris.

⁶⁴ HR 23 juni 1993, BNB 1993, 271, m.nt. Wattel, en HR 27 juni 2001, BNB 2002, 27, met conclusie Wattel en m.nt. Feteris.

⁶⁵ CRvB 7 juni 2000, JB 2000, 229, Rawb 2000, 139; CRvB 16 december 2003, LJN AO1127.

⁶⁶ CRvB 20 mei 1996, RSV 1996, 231.

⁶⁷ CRvB 27 juni 2002, LJN; AE6063.

de aansprakelijkstelling van een bestuurder van een rechtspersoon voor de aan die rechtspersoon opgelegde verhoging ex artikel 21 AWR als een vervolging in de zin van artikel 6 EVRM moet worden beschouwd. Dit wordt niet algemeen aangenomen. De enkele omstandigheid dat een vervolging gevolgen heeft voor een derde, betekent op zich nog niet dat ook ten aanzien van die derde van een vervolging in de zin van artikel 6 EVRM kan worden gesproken.⁶⁸ Daarvoor pleit verder, dat de ECRM in een aantal beslissingen heeft benadrukt dat artikel 6 lid 2 EVRM betrekking heeft op de vaststelling van de gegrondheid van de vervolging en niet meer kan worden ingeroepen als die gegrondheid is vastgesteld en het nog slechts gaat om de tenuitvoerlegging van de straf. Deze beslissingen van de ECRM betreffen echter de tenuitvoerlegging van de straf jegens de veroordeelde en niet de tenuitvoerlegging daarvan jegens een derde. Zie echter ook BNB 1997, 275 waarin de Hoge Raad overwoog dat de waarborgen van artikel 6 EVRM, die gelden voor de primaire belastingplichtige aan wie een verhoging is opgelegd, ook gelden voor de bestuurder die voor de in de aanslag begrepen verhoging aansprakelijk is gesteld.⁶⁹

Feteris ziet de aansprakelijkstelling van de bestuurder voor de door een rechtspersoon verschuldigde verhoging op basis van de Invorderingswet 1990 als een tegen de bestuurder gerichte strafmaatregel, omdat de bestuurder daarvoor alleen wordt aangesproken als het aan hem is te wijten dat de rechtspersoon die verhoging heeft opgelegd gekregen (artikel 32 lid 2 IW). Op die grond is artikel 6 EVRM zijns inziens van toepassing.⁷⁰ Ook de Hoge Raad gaat van deze gedachte uit.⁷¹ Doorslaggevend om de rechtsbescherming die artikel 6 EVRM biedt ook uit te strekken tot degene die wordt aangesproken voor de aan een ander opgelegde verhoging als bedoeld in artikel 21 AWR is dat er geen reden is de aansprakelijkgestelde minder rechtsbescherming te bieden dan de dader zelf.⁷² Het EHRM paste artikel 6 EVRM toe op de procedure over fiscaal-administratieve boeten die aan de directeur van een rechtspersoon zijn opgelegd.⁷³

De CRvB heeft beslist dat de bestuurder, die zowel hoofdelijk aansprakelijk is gesteld voor de premie als voor de verhoging, evenals de werkgever, de moge-

⁶⁸ EHRM 24 oktober 1986, no. 9118/80 (Agosi v. Verenigd Koninkrijk).

⁶⁹ CRvB 14 november 2002, RSV 2003, 28.

⁷⁰ Feteris 2002, p. 121. Hij wijst daarbij op een beslissing van de ECRM van 30 september 1974 nr. 6277/73, Digest vol. 2 blz. 208. Deze beslissing betrof een Oostenrijkse vennootschap die ingevolge art. 28 (4) van het Oostenrijkse Finanzstrafgesetz wegens nalatigheid aansprakelijk was gesteld voor de aan een van haar vertegenwoordigers opgelegde strafrechtelijke boete. Deze aansprakelijkstelling vond plaats in het kader van de strafprocedure tegen de vertegenwoordiger. De ECRM vond, gelet op de autonome betekenis van het begrip 'criminal charge', niet van belang dat de vennootschap volgens Oostenrijks recht niet als beschuldigde of aangeklaagde kon worden beschouwd, maar werd aangeduid als 'Nebenpartei' en achtte art. 6 EVRM van toepassing.

⁷¹ HR 25 juni 1997, BNB 1997, 275.

⁷² Conclusie P-G (4.8) voor HR 11 januari 1995, LJN AA3054.

⁷³ EHRM 24 februari 1994, no. 1257/86 (Bendenoun v. Frankrijk).

lijkheid heeft bezwaar te maken dan wel beroep in te stellen tegen (de hoogte van) de premie. Hij dient dan ook in de gelegenheid te worden gesteld in een bezwaarschriftprocedure te worden gehoord.⁷⁴ Dat een derde aansprakelijk wordt gesteld neemt immers niet weg dat de grondslag voor de aansprakelijkheid mede is en blijft gebaseerd op (voorheen) de artikelen 12 lid 2 en lid 3 CSV. Door de aansprakelijkstelling verandert het karakter ter zake waarvan aansprakelijkstelling plaatsvindt niet. De CRvB vindt hiervoor mede steun in een arrest van de Hoge Raad, waarin de Hoge Raad, kort gezegd, overwoog dat de waarborgen van artikel 6 van het EVRM die gelden voor de primair belastingplichtige aan wie een verhoging (boete) is opgelegd, ook gelden voor de bestuurder die voor de in de aanslag begrepen verhoging aansprakelijk is gesteld.⁷⁵ De CRvB heeft in het verlengde hiervan expliciet overwogen dat de waarborg met betrekking tot de redelijke termijn als bedoeld in artikel 6 van het EVRM ook dient te gelden voor de derde die voor de verhoging aansprakelijk wordt gesteld op grond van artikel 16d van de CSV.⁷⁶

Afweging van algemeen tegen individueel belang. Het gaat bij de beoordeling van de redelijkheid van de totale termijn van berechting in straf(achtige) zaken om een rechterlijke afweging van ‘enerzijds het belang dat de gemeenschap ook na overschrijding van deze termijn behoudt bij normhandhaving door berechting en anderzijds het belang dat de verdachte heeft bij verval van het recht tot strafvervolgning nadat die termijn is overschreden’.⁷⁷

De gevolgen van overschrijding van de redelijke termijn. Indien na het faillissement van een rechtspersoon een primair besluit tot aansprakelijkstelling aan een bestuurder wordt uitgereikt voor door deze rechtspersoon onbetaald gebleven belastingen en premies sociale werknemersverzekeringen heeft de Ontvanger hiervoor een ruime termijn. Als de aansprakelijkstelling binnen vijf jaren na het faillissement heeft plaatsgevonden, kan naar het oordeel van de CRvB niet gesproken worden van dermate ernstig talmen van de zijde van Ontvanger, dat aansprakelijkstelling niet meer mogelijk is.⁷⁸ De Raad verwijst naar zijn vaste jurisprudentie, onder meer neergelegd in de uitspraak waarin de Raad heeft beslist dat het ten deze gaat om een uit de wet voortvloeiende, niet aan een termijn gebonden, aansprakelijkheid van een bestuurder van een vennootschap. Daar komt bij dat een voormalige bestuurder van een gefailleerde vennootschap er rekening mee moet houden dat na het faillissement nog nadere premievaststelling ten laste van de vennootschap kan volgen en wel uiterlijk tot vijf jaar na en over het jaar waarin het faillissement is uitgesproken.⁷⁹

⁷⁴ CRvB 14 november 2002, RSV 2003, 28.

⁷⁵ HR 25 juni 1997, BNB 1997, 275.

⁷⁶ CRvB 17 december 2003, LJN AY8240.

⁷⁷ HR (strafkamer) 24 oktober 2000, NJ 2001, 6, na conclusie A-G Jörg.

⁷⁸ CRvB 27 maart 2003, RSV 2003/108.

⁷⁹ Zie ook: CRvB 9 december 2004, LJN AR8116.

Een dergelijke termijn kan wel aanleiding geven tot matiging van een boete. Zo oordeelde de CRvB na een matiging van de boetenota's met 10%:

‘Volgens vaste jurisprudentie van de Raad begint, voor zover de termijn ziet op de boetenota's, deze termijn bij de aankondiging van gedaagde dat hij voornemens is over te gaan tot aansprakelijkstelling. Deze aankondiging is op 25 maart 1998 gedaan. Derhalve is de totale termijn tot aan deze uitspraak meer dan 6 jaar, hetgeen moet leiden tot de conclusie dat de redelijke termijn, voor zover betrekking hebbend op de criminal charge, is overschreden. De Raad is van oordeel dat deze overschrijding wel voldoende zou zijn gecompenseerd indien gedaagde de boetenota's met nogmaals 10% zou matigen.’⁸⁰

Bij de vraag of de boete moet worden gematigd kan meespelen of degene die aansprakelijk is gesteld ter zake de belasting of premieschuld, strafrechtelijk is veroordeeld. De CRvB heeft geoordeeld dat in een situatie waarin een directeur/groootaandeelhouder strafrechtelijk is veroordeeld, bij het opleggen van boeten aan de vennootschap van die directeur dient te worden meegewogen of het opleggen van deze boetes niet plaatsvindt voor dezelfde feiten als waarvoor haar directeur strafrechtelijk is veroordeeld, en of dit er niet toe leidt dat die directeur tweemaal in zijn vermogen wordt getroffen.⁸¹ Is dat het geval dan kunnen de aan de vennootschap opgelegde boetes niet in volle omvang worden gehandhaafd.⁸² Dit kan ook een rol spelen indien de bestuurder op grond van bestuurdersaansprakelijkheid door de curator wordt aangesproken.

Overschrijding van de termijn brengt op zichzelf nog niet mee dat het bestuursorgaan niet langer eraan gehouden is om toepassing te geven aan de dwingend voorgeschreven opdracht om tot hoofdelijke aansprakelijkstelling over te gaan. Het is wel mogelijk dat de processuele nadelen, als gevolg van de schending van het EVRM, worden gecompenseerd door de problemen, die de eiser door het tijdsverloop mocht ondervinden ten aanzien van het leveren van bewijs, te verdisconteren bij de vaststelling van de feiten.⁸³

Duur van de redelijke termijn. Ingeval van boeten bij premieheffing heeft de Centrale Raad dezelfde maatstaven als het EHRM voor de beoordeling van de redelijkheid van de termijn van berechting.⁸⁴

5.5.8 De redelijke termijn en de bestuurdersaansprakelijkheid

Omdat de acties van de curator op grond van de artikelen 2: 238, 2: 248 en 2: 9 BW enerzijds en van de Ontvanger op grond van artikel 36 IW anderzijds op

⁸⁰ CRvB 22 juli 2004, LJN AQ5508; verlaging met 50%, zie CRvB18 maart 2004, LJN AO6433.

⁸¹ CRvB 21 maart 2002, AB 2002,280; RSV 2002,146 en USZ 2002, 142).

⁸² CRvB 29 juli 2004, LJN AQ5954.

⁸³ Rb. Arnhem 28 februari 2000, LJN AA5889.

⁸⁴ CRvB 12 april 2001, LJN AB1661.

(vrijwel) dezelfde grondslagen zijn gestoeld moeten mijns inziens op de curator en de Ontvanger ook dezelfde verplichtingen rusten, zeker indien de curator, als onderdeel van het tekort in de boedel de vordering van de Ontvanger ‘mee-neemt’. Dat betekent dat de curator deze procedures binnen een redelijke termijn aanvangt en vervolgens volbrengt, zeker indien het gedrag van de bestuurder aanleiding heeft gegeven tot omkering van de bewijslast. Indien de curator deze termijn overschrijdt moet de sanctie zijn dat het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn wordt gematigd, of indien de bestuurder door het tijdsverloop in zijn bewijsmogelijkheden is beperkt de rechter hiermee rekening houdt.

De vraag is: kan de curator de boete in het tekort van de boedel meenemen? Uit artikel 6 EVRM volgt dat degene die met een fiscale boete wordt gestraft, die op zijn vermogen kan worden verhaald, een verwijt kan worden gemaakt.⁸⁵ Indien de curator de bestuurder aanspreekt op grond van artikel 2: 248/138 BW kan dat dus waarschijnlijk wel. Indien de bestuurder echter geen verwijt kan worden gemaakt, dan niet. Het verhaal van een boete op het vermogen van een derde is daarmee echter in strijd. Zo kan de fiscale boete ook niet via het bodemvoorrecht op een derde (d.w.z. de eigenaar van de bodemzaken) worden verhaald.⁸⁶ Het strafkarakter van de fiscale boete zou zich er mogelijk ook tegen kunnen verzetten dat, indien deze wordt opgelegd aan een failliete rechtspersoon die heeft bijgedragen aan het vergroten van het tekort van de boedel, dat deze fiscale boete via artikel 2: 138/2: 248 BW, wordt verhaald op de bestuurder die kennelijk onbehoorlijk heeft bestuurd, vanwege een verwijt dat de failliete rechtspersoon is gemaakt.⁸⁷ De curator kan deze vordering niet overdragen.⁸⁸ Het gaat om de belangen van de gezamenlijke schuldeisers op voet van de aan hem in artikel 68 lid 1 Fw gegeven opdracht. Deze inningsbevoegdheid van de curator omvat niet de bevoegdheid om over hun vorderingen te beschikken door deze aan een derde over te dragen.⁸⁹

5.6 Civielrechtelijk onderzoek naar bestuurdersaansprakelijkheid

De curator onderzoekt zo spoedig mogelijk de oorzaken van het faillissement en, indien de schuldenaar een onderneming in stand houdt (drijft), de mogelijkheid om de onderneming geheel of gedeeltelijk voort te zetten. Binnen drie weken na de insolventverklaring brengt hij van zijn bevindingen verslag uit aan de rechter-commissaris. Het verslag ligt bij de griffie van de rechtbank ter inzage van

⁸⁵ HR 28 november 2003, JOR 2004, 30, m.nt. Faber, nadien gevolgd door een herstel arrest van 13 februari 2004, nr. C01/318HR; ‘Indien het pandrecht van de banken hier zou moeten wijken voor het bodemrecht zou dat, materieel gezien, leiden tot een uitkomst, die zozeer overeenstemt met het brengen van straf ten laste van een ander dan degene aan wie zij is opgelegd, dat die uitkomst daarmee op een lijn gesteld moet worden.’

⁸⁶ HR 28 november 2003, V-N 2003/63.17; J.J. Vetter en P.J. Wattel, ‘Hoofdzaken Invordering 2000’, p. 20; E.J.M. Rosier, ‘Fiscale Boeten 1999’, p. 46.

⁸⁷ Los bl. Fw, Fisc. Comm. 3.4.

⁸⁸ HR 7 september 1990, NJ 1991, 52.

⁸⁹ HR 24 april 2009, LJN BF3917.

eenieder en de termijn waarbinnen verslag moet worden uitgebracht kan door de rechter-commissaris worden verlengd (artikel 4.2.9 Voorontwerp). Een onderzoek is steeds noodzakelijk voor de beslissing om (ex-)bestuurders en/of (ex-)commissarissen aan te spreken op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur of om derden aan te spreken die de insolventie (mede) hebben veroorzaakt en in die zin onrechtmatig hebben gehandeld. De Insolad Praktijkregels voor curatoren schrijven voor dat goed curatorschap meebrengt dat de curator steeds nagaat of er aanleiding bestaat een vordering in te stellen tegen (ex-)bestuurders en/of (ex-)commissarissen van de gefailleerde rechtspersoon. Daarbij gaat het niet alleen om vorderingen op grond van de misbruikwetgeving maar ook om vorderingen zoals die op grond van het niet behoorlijk vervullen van de bestuurs- en commissaristaak en op grond van onrechtmatige daad en wellicht ook op grond van verhaalsbenadeling. De wijze waarop de bewindvoerder zijn onderzoek doet kan verschillen. In kleine insolventieprocedures met een overzichtelijke hoeveelheid feiten zal de bewindvoerder het onderzoek zelf uitvoeren. In de meer omvangrijke insolventieprocedures of insolventieprocedures met een gecompliceerde feitenstructuur kan het nodig zijn om externe deskundigen, zoals een (forensisch) accountant in te schakelen.⁹⁰ In het standaard Recofa Faillissementsverslag⁹¹ is er ruimte opgenomen voor het antwoord op de vraag of sprake is van 'onbehoorlijk bestuur' of van 'paulianeus handelen' (7.5 en 7.6 Faillissementsverslag). De Insolad Praktijkregels schrijven verder voor dat de curator van een rechtspersoon in het algemeen niet overgaat tot aansprakelijkstelling alvorens hij deze bestuurders en commissarissen in de gelegenheid heeft gesteld hun visie te geven op de oorzaken van het faillissement en hun rol daarbij (regel 1.5.2). In het algemeen behoort de curator zich te onthouden van uitspraken in het openbaar over aansprakelijkheid totdat hij zijn onderzoek heeft afgerond (regel 1.5.3). Daarenboven gaat de curator pas tot aansprakelijkstelling over indien hij er eerst zelf van overtuigd is dat de betreffende bestuurder of commissaris zijn taak niet naar behoren heeft vervuld, of onrechtmatig heeft gehandeld, dan wel dat er sprake van is dat kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement (regel 1.5.4). Voordat de curator al deze vragen kan beantwoorden zal onderzoek daarnaar noodzakelijk zijn. Op de vraag hoe dat onderzoek moet worden uitgevoerd bieden de Praktijkregels geen uitsluitsel. Dit komt hierna aan de orde.

De terughoudendheid die in de Insolad Gedragsregels naar voren komt – de curator moet eerst zelf de overtuiging hebben dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur alvorens hij een vordering mag instellen – vloeit zeker niet voort uit de wet of de rechtspraak. Uit de Memorie van Toelichting bij de artikelen 2:138/248 BW blijkt echter wel dat de curator ondermeer rekening zal moeten houden met de vraag of een actie kans van slagen heeft en of er noemenswaardig verhaal op de bestuurders mogelijk is. Daarbij zal hij de belangen van de schuldeisers moeten afwegen tegen het belang van een snelle en zo min mo-

⁹⁰ Insolad Praktijkregels 1.5.1.

⁹¹ Recofa Richtlijnen 2009, bijlage A-2.

gelijk kostbare afwikkeling van het faillissement. De terughoudendheid lijkt volgens de toelichting op de gedragsregel te zijn ingegeven door het feit dat curatoren met een zekere regelmaat in deze aansprakelijkheidsprocedures in het ongelijk worden gesteld. Er moet volgens de toelichting daarom sprake zijn van ernstige misstappen van de (ex-)bestuurders en/of (ex-)commissarissen, althans de curator moet zelf de overtuiging hebben dat dit het geval is. Op grond van artikel 68 Fw is de curator belast met het beheer en de vereffening van de boedel. Daartoe wordt gerekend het te gelde maken van vorderingen op grond van bestuurdersaansprakelijkheid. Dit zijn vorderingen die door de curator worden ingesteld ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers, waarbij hetgeen wordt verhaald aan het boedelactief wordt toegevoegd ter verdeling onder de schuldeisers. Indien de curator geen vordering instelt kunnen iedere schuldeiser en de schuldeiserscommissie tegen de curator opkomen en een bevel uitlokken dat de curator deze procedure wel instelt (artikelen 69 Fw en 4.3.5 Voorontwerp). Zo ook kan de schuldenaar een bevel uitlokken dat de curator geen procedure instelt. De curator heeft voor het instellen van rechtsvorderingen de machtiging nodig van de rechter-commissaris (de artikelen 68 Fw, 4.2, 4.2.3a en 4.2.3b Voorontwerp). Dit wordt als een voldoende waarborg gezien.⁹²

Het onderzoek dat wordt uitgevoerd zal betrekking hebben op de oorzaken van het faillissement en of iemand ter zake een verwijt kan worden gemaakt. De schuldenaar zelf moet daarover inlichtingen verschaffen. Hij woont de verificatievergadering in persoon bij teneinde aldaar alle inlichtingen te geven over de oorzaken van het faillissement en de staat van de boedel, die hem door de rechter-commissaris gevraagd worden. De schuldeisers kunnen de rechter-commissaris verzoeken omtrent bepaalde door hen op te geven punten inlichtingen aan de schuldenaar te vragen (de artikelen 116 Fw en artikel 5.3.9 Voorontwerp). Eenzelfde verplichting tot het geven van inlichtingen rust op de bestuurder van de rechtspersoon (artikel 117 Fw en artikel 5.3.10 Voorontwerp). De curator kan het onderzoek uitbesteden of (via een opgesteld protocol) zelf uitvoeren.⁹³ Het betreft een feitenonderzoek. Zijn de (alle) oorzaken eenmaal vastgesteld, dan moet de curator, op basis van die feiten tot een eigen oordeelsvorming komen. De curator brengt het resultaat van zijn onderzoek over aan de rechter-commissaris, de commissie uit de schuldeisers en de bestuurder. Indien de curator het resultaat in de openbaarheid brengt, dan moet hij, wanneer dat het persoonlijke leven of de reputatie van een derde raakt, het belang van de betrokkene bij de bescherming daarvan afwegen tegen het belang van de boedel dat met de informatieverstrekking is gemoeid. Weegt laatstgenoemd belang zwaarder, dan zal hij bij het kiezen van de wijze waarop informatie wordt verstrekt, zoveel

⁹² HR 7 september 1990, NJ 1991, 52 m.nt. Ma; Kamerstukken II 16 631, nr. 27b, p. 25; M.L.S. Kalff, 'De procederende (kantoorgenoot van de) curator; een blik van uit de D & O praktijk', Insolad Jaarboek, 2007, 'De integere curator', p. 27-40.

⁹³ R.J. Schimmelpenninck, 'Protocol oorzakenonderzoek voor complexe faillissementen', TvI 2008, p. 134.

mogelijk met de belangen van de betrokkene rekening moeten houden. Hetzelfde geldt voor de rechter-commissaris.⁹⁴

5.6.1 Het horen van getuigen en deskundigen (artikel 66 Fw)

De rechter-commissaris is bevoegd ter opheldering van alle omstandigheden, het faillissement betreffende, getuigen te horen of een onderzoek door deskundigen te bevelen.⁹⁵ De getuigen worden namens de rechter-commissaris gedagvaard en artikel 177 Rv is van overeenkomstige toepassing. Deze bepaling is sinds de totstandkoming van de Faillissementswet niet gewijzigd.⁹⁶ Artikel 66 Fw zegt niet op wiens verzoek getuigen worden gehoord of deskundigen worden benoemd. Het initiatief ligt in elk geval bij de rechter-commissaris. De praktijk leert echter dat het verzoek meestal van de curator komt.⁹⁷ Ook derden kunnen de rechter-commissaris op omstandigheden opmerkzaam maken, die een verhoor rechtvaardigen.⁹⁸ Het is daarom opmerkelijk dat een verzoek van de commissie van schuldeisers tot het horen van getuigen in dat verzoek niet-ontvankelijk werd verklaard, omdat de commissie naar het oordeel van de rechtbank het recht miste om dit verzoek in te dienen.⁹⁹ Gezien de rol die het Voorontwerp (dat daar overigens niets over zegt) aan de schuldeiserscommissie toebedeelt – de commissie neemt een deel van de taken van de rechter-commissaris over – zal een verzoek van deze commissie tot het houden van een verhoor naar verwachting gehonoreerd worden.

Anders dan bijvoorbeeld in het geval van artikel 69 Fw, dient het verhoor van artikel 66 Fw er niet toe om de schuldeisers of de schuldenaar een instrument te geven om invloed te kunnen uitoefenen.¹⁰⁰ Het verhoor van artikel 66 Fw is ook niet bedoeld om bewijs tegen iemand te vergaren of burgerlijke rechten of verplichtingen vast te stellen, doch uitsluitend om de omstandigheden op te helderen waarbij de belangen van de gehele boedel zijn betrokken. Het verhoor moet dan ook niet worden gezien als een voorlopig getuigenverhoor. Een voorlopig getuigenverhoor heeft, naast het voorkomen dat bewijs verloren gaat, immers ook en vooral ten doel belanghebbenden, bij een eventueel naderhand bij de burgerlijke rechter aanhangig te maken geding, de gelegenheid te bieden vooraf opheldering te verkrijgen omtrent de (hun wellicht nog niet precies bekende)

⁹⁴ HR 23 mei 1991, NJ 1991, 692.

⁹⁵ Moolengraaff-Star Busmann 1952, p. 339.

⁹⁶ J.D. Veegens, A.S. Oppenheim, 'De Wet op het faillissement en de surséance van betaling', 1917, p. 112; Wessels, Insolventierecht, IV, par. 40-47; R.J. van Galen, 'Enkele procedurele opmerkingen over het faillissement', WPNR 2001, nr. 6463, p. 905-911.

⁹⁷ A.J. Marx, 'De taak van den Rechter-Commissaris in het faillissement', RM-Themis 1938, p. 16-24 en R.J. van Galen 'Enkele procedurele opmerkingen over het faillissement', WPNR 2001, nr. 6463, p. 905-911.

⁹⁸ Wessels Insolventierecht IV, par. 4037.

⁹⁹ Rb. Arnhem 12 november 1913, W 9554.

¹⁰⁰ Zie over artikel 69 Fw: HR 18 februari 1994, NJ 1994, 754 m.nt. HJS en HR 20 januari 2006, NJ 2006, 74).

feiten, teneinde hen in staat te stellen hun positie beter te beoordelen, met name ook ten aanzien van de vraag tegen wie het geding moet worden aangespannen.¹⁰¹ Van Galen heeft de vraag aan de orde gesteld of het verhoor van artikel 66 Fw niet zou kunnen worden ingezet om uit te zoeken of er onbehoorlijk bestuur is geweest in de zin van de artikelen 2:138 of 2:248 BW, dan wel om uit te zoeken of onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement. A-G Wesseling-van Gent verzet zich hiertegen. Er moet met het oog op het doel van het verhoor van artikel 66 Fw worden voorkomen dat dit verhoor wordt ingezet als opmaat voor een aansprakelijkheidsprocedure, zoals door Van Galen bepleit.¹⁰² Zij ziet in het standpunt van Van Galen een parallel met het aanwenden van de enquêteprocedure (artikel 2:344 tot en met artikel 2:359 BW) uitsluitend ten behoeve van een latere aansprakelijkheidsprocedure, welk enquêteonderzoek de curator overigens ook niet zelf kan entameren. Hoewel een onderzoek naar en de vaststelling van verantwoordelijkheid voor onbehoorlijk bestuur niet van belang is ontbloomt voor een latere aansprakelijkheidsprocedure, meent de A-G dat de strekking van artikel 66 Fw en het stelsel van de Faillissementswet eraan in de weg staan dat het verhoor door de rechter-commissaris in faillissementszaken wordt gebruikt voor een ander doel dan ter opheldering van alle omstandigheden die het faillissement betreffen. Voorkomen dient te worden dat artikel 66 Fw wordt gebruikt als een ‘fishing expedition’.¹⁰³

Het verhoor op grond van artikel 66 Fw is omgeven met de waarborgen die dit artikel er in de leden 1-4 zelf aan geeft. Het is geen procedure op tegenspraak en kan niet door derden worden geïnitieerd. Het verhoor vindt niet plaats in een geding op tegenspraak. De (algemene) bepalingen omtrent getuigenverhoor die een wederpartij veronderstellen, zijn niet van toepassing.¹⁰⁴ De andere bepalingen dan die genoemd in artikel 66 Fw, zoals de bepalingen over het verschooningsrecht (artikel 165 lid 3 Rv), zijn wel van toepassing.¹⁰⁵

Omdat het verhoor ingevolge artikel 66 Fw uitsluitend dient ter opheldering van de omstandigheden het faillissement betreffende en er niet op gericht is bewijs te vergaren, is er ook geen sprake van het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen, hoewel deze daarbij wel ter sprake kunnen komen. Het beginsel van een eerlijk proces als bedoeld in artikel 6 EVRM, zoals het beginsel van hoor en wederhoor, is daardoor niet toepasselijk. Het verhoor is niet beslissend voor de uitkomst van een burgerlijk recht. Het verhoor vindt niet plaats gedurende een openbare terechtzitting. Bij deze uitgangspunten heeft ten aanzien van

¹⁰¹ HR 24 maart 1995, NJ 1998, 414 m.nt. PV.

¹⁰² R.J. van Galen, ‘Enkele procedurele opmerkingen over het faillissement’, WPNR 2001, nr. 6463, p. 909.

¹⁰³ Zie haar conclusie voor HR 6 oktober 2006, JOR 2006, 281 (ABN-Amro Bank/Arts q.q.).

¹⁰⁴ R. van Boneval Faure, ‘Het Nederlandsche burgerlijk procesrecht’, 1896, IV-2, p. 130-133.

¹⁰⁵ HR 11 februari 1994 NJ 1994, 336 rov. 3.2.

het verstrekken van een uittreksel of een afschrift van het proces-verbaal, dan wel het verlenen van inzage in het proces-verbaal van dat verhoor aan derden, het volgende te gelden. Enerzijds kunnen derden, gelet op de hiervoor vermelde strekking van artikel 66 Fw en de omstandigheid dat het verhoor niet in het openbaar plaatsvindt, geen aanspraak maken op een uittreksel of afschrift van, danwel inzage in het proces-verbaal. Anderzijds bestaat er evenwel, anders dan ten aanzien van processtukken is bepaald in artikel 28 lid 3 Rv, geen grond aan derden een uittreksel of afschrift te weigeren, dan wel inzage daarvan categorisch te ontzeggen. Daarom moet worden aangenomen dat het de rechter-commissaris vrijstaat om een door een derde bij hem gedaan verzoek tot verstrekking van een uittreksel of een afschrift hiervan, dan wel inzage in te willigen indien hij van oordeel is dat het belang van de boedel dit meebrengt, de derde daarbij voldoende belang heeft en de bescherming van reputatie of persoonlijke levenssfeer van anderen zich daartegen niet verzet.¹⁰⁶ Van Galen pleit ervoor een parallel te trekken met het voorlopig getuigenverhoor en een mogelijke wederpartij voor dit verhoor op te roepen, hem de gelegenheid te geven vragen te stellen en een afschrift van het proces verbaal te verstrekken. Doel en strekking van het verhoor van artikel 66 Fw en het ontbreken van een wederpartij bij dit verhoor brengen mee dat de rechter-commissaris niet op grond van het beginsel van hoor en wederhoor gehouden is een wederpartij bij een getuigenverhoor toe te laten.¹⁰⁷ Artikel 67 lid 1 Fw zondert beschikkingen op grond van artikel 66 Fw niet van beroep uit. Daarom moet worden aangenomen dat alle beslissingen die de rechter-commissaris neemt in het kader van de uitoefening van zijn in artikel 66 Fw gegeven bevoegdheden voor de toepassing van artikel 67 Fw dienen te worden aangemerkt als beschikkingen, met uitzondering van maatregelen die enkel worden genomen ter verzekering van de geregelde loop van het getuigenverhoor, zoals dagbepalingen, oproepingen en maatregelen ter bevordering van een ordelijk verloop van het verhoor.¹⁰⁸ Indien de curator of derden (schuldeisers) bewijs willen verzamelen voor een eventuele aansprakelijkheidsprocedure zal tot een voorlopig getuigenverhoor moeten worden besloten.

In zoverre is het getuigenverhoor door de rechter-commissaris op grond van artikel 66 Fw vergelijkbaar met het onderzoek dat in de zaak *Fayed v. Verenigd Koninkrijk* aan de orde is gesteld, dat als doel had het verzamelen van feitelijke gegevens. Het EHRM besliste dan ook dat niet gezegd kon worden dat de resultaten van het onderzoek beslissend of bepalend waren voor een burgerlijk recht, zodat artikel 6 EVRM toepassing miste.¹⁰⁹ In de *Text light*-zaak oordeelde het EHRM dat, totdat de onderzoeker zijn verslag heeft afgerond en ter griffie heeft neergelegd, geen sprake is van vaststelling van persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurders of andere personen, noch van vaststelling van hun burger-

¹⁰⁶ HR 23 mei 1991, NJ 1991, 692.

¹⁰⁷ HR 20 januari 2006, NJ 2006, 74 en de conclusie van A-G Timmerman.

¹⁰⁸ HR 6 oktober 2006, JOR 2006, 282 (Nachio/Van Apeldoorn q.q.).

¹⁰⁹ EHRM 21 september 1994, no.17101/90 (*Fayed v. Verenigd Koninkrijk*), NJ 1995, 463.

rechtelijke rechten en plichten in de zin van artikel 6 EVRM.¹¹⁰ De OK-procedure tot verhaal van de enquêtekosten op grond van art. 2:354 BW strekt daar wel toe, zodat artikel 6 EVRM (vanaf dat moment) wel toepasselijk is.

5.6.2 Het OK onderzoek

Soms kan de bewindvoerder voor zijn eigen onderzoek gebruikmaken van een reeds eerder uitgevoerd onderzoek, of mogelijk zelfs van een uitspraak van de Ondernemingskamer ('OK'), indien om een enquête is verzocht. De OK kan één of meer personen benoemen tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken bij een rechtspersoon, hetzij in de gehele omvang daarvan, hetzij beperkt tot een gedeelte of een bepaald tijdvak (artikel 2:345 lid 1 BW). Een enquête is primair gericht op de sanering en het herstel van de gezonde verhoudingen door maatregelen van reorganisatorische aard binnen de onderneming van de betrokken rechtspersoon, de vorming van regels van verantwoord ondernemerschap en de voorbeeldfunctie van uitspraken daarover (de artikelen 2:344 tot en met 2:359 BW). De enquête kan ook leiden tot het verkrijgen van openheid van zaken binnen de onderneming en de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor wanbeleid.¹¹¹ Het onderzoek kan leiden tot het treffen van voorzieningen die op grond van de uitkomst van het onderzoek geboden worden geacht. Het OK onderzoek betreft dus alleen de rechtspersoon en niet de individuele bestuurder of commissaris.

Bevoegd tot het indienen van een verzoek zijn de (rechts)personen genoemd in de artikelen 2:346 en 2:347 BW, in welke de bewindvoerder (curator) niet is genoemd. Deze opsomming is limitatief.¹¹² Op grond hiervan wordt aangenomen dat de curator geen verzoek kan doen tot het instellen van een onderzoek naar de gang van zaken in de rechtspersoon waarvan hij tot curator is aangesteld. Ook de rechtspersoon kan dit verzoek niet zelf doen. De curator van een rechtspersoon, die aandeelhouder is van een dochter, die insolvent is verklaard en aan de quorum eis voldoet, kan wel een verzoek doen tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken in die dochteronderneming. Dit wordt gezien als een daad van beheer met betrekking tot een vermogensbestanddeel, tot welk beheer de curator op grond van artikel 68 Fw bevoegd is.¹¹³ In dat geval is de curator ook bevoegd om na het neerleggen van het verslag van dat onderzoek, het verzoek te doen als bedoeld in artikel 2:355 BW tot het vaststellen van wanbeleid (handelen in strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap) en tot het treffen van voorzieningen. Aangenomen wordt dat de curator deze mogelijkheid ook heeft naar aanleiding van het onderzoeksverslag

¹¹⁰ EHRM 19 maart 2002, no. 40253/98 (Salomons e.a. v. Nederland), JOR 2002, 27, m.nt. De Kluiver.

¹¹¹ HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466, m.nt. Ma (Ogem).

¹¹² HR 1 februari 2002, NJ 2002, 225, m.nt. Ma; JOR 2002, 29, m.nt. Josephus Jitta.

¹¹³ HR 19 mei 1999 NJ 1999, 670 en 671, m.nt. Ma en JOR 1999, 170 en 171 m.nt. Kortmann; OK 6 februari 2003, JOR 2003, 84.

over het beleid en de gang van zaken in de rechtspersoon waarvan hij de curator is,¹¹⁴ hoewel daarover ook wel anders wordt gedacht.¹¹⁵ Ook de rechtspersoon kan dit verzoek doen.¹¹⁶

Het onderzoek in een enquête is vaak de eerste stap naar de civielrechtelijke aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen, ook voor de curator. Indien in een enquête wanbeleid wordt vastgesteld, dan is dit bindend, ook in andere procedures, voor diegenen die in de enquêteprocedure zijn verschenen, voor diegenen tot wie toewijzing van hetgeen verzocht en/of gevorderd is, die hebben geconcludeerd en/of daartegen verweer hebben gevoerd.¹¹⁷ De Hoge Raad heeft aan dit oordeel toegevoegd dat daarmee niet tevens is vastgesteld of en in hoeverre dit wanbeleid aan iedere individuele bestuurder of commissaris kan worden verweten en deze daarvoor aansprakelijk kan worden gesteld. Hoe dit ook zij, de positie van de curator zal worden verstevigd indien de OK beslist dat de kosten van het onderzoek kunnen worden verhaald op de bestuurder, de commissaris of een ander die in dienst van de rechtspersoon is, indien uit het verslag blijkt dat deze verantwoordelijk is voor een onjuist beleid of een onbevredigende gang van zaken van de rechtspersoon (artikel 2:354 BW). Het is wel zodat het in de enquêteprocedure en in de bestuurdersaansprakelijkheidprocedure gaat om verschillende normen, die elkaar niet geheel overlappen.¹¹⁸ Kennelijk onbehoorlijk bestuur is niet hetzelfde als wanbeleid of handelen in strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap. De conclusie kan in elk geval wel zijn dat de curator belang kan hebben bij een oordeel van de OK over de handelwijze van bestuurders en commissarissen van de rechtspersoon waarvan hij de curator is. Het onderzoek door een OK onderzoeker in de enquêteprocedure en door een curator ontlopen elkaar niet. In beide gevallen is het onderzoeksresultaat vaak de opstap naar een (bestuurders) aansprakelijkheidsprocedure.¹¹⁹

5.6.3 Verschillen en overeenkomsten tussen beide onderzoeken

Er zijn uiteraard verschillen en overeenkomsten tussen beide onderzoeken. Het OK onderzoek behoeft geen insolvente rechtspersoon te betreffen. Het kan gaan om een volstrekt solvabele en liquide onderneming. Handelen in strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap is niet hetzelfde als kennelijk onbehoorlijk bestuur. De wijze van onderzoek en de bevoegdheden die de onderzoekers ten dienste staan vertonen wel overeenkomsten, in die zin dat

¹¹⁴ OK 23 april 1998, JOR 1998, 92, m.nt. Josephus Jitta.

¹¹⁵ J.B. Huizink, 'Indiening van een enquêteverzoek door curatoren van een gefailleerde vennootschap.', TvI 2000/1, p. 36.

¹¹⁶ OK 12 november 1998, JOR 1999, 129.

¹¹⁷ HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466, m.nt. Ma.

¹¹⁸ HR 4 april 2003, JOR, 134, 134, m.nt. Y. Borrius.

¹¹⁹ J.H.M. Willems, 'Insolventie en enquêterecht: over convergerende en conflicterende rechtsgebieden', TvI 2004, 53, p. 249.

voor beide onderzoeken niets, althans niet veel, is geregeld. De Insolad Praktijkregels geven geen regels voor het onderzoek en ook in de Recofa Richtlijnen wordt hierover gezwezen. Ook de enquêteregeling zegt niets over de wijze waarop de onderzoeker zijn onderzoek dient te verrichten. De onderzoeker is in beginsel vrij in de wijze waarop hij het hem opgedragen onderzoek wil instellen, in de beoordeling wie hij wenst te horen en welke gegevens hij meent nodig te hebben.¹²⁰ In het algemeen beschikken onderzoekers en de curator over dezelfde middelen en bevoegdheden:

- Zij hebben de bevoegdheid de boeken en de bescheiden van de rechtspersoon te raadplegen (artikel 2:351 lid 1 BW; artikelen, 76 en 92 Fw). Artikel 2:351 lid 2 BW bepaalt dat de OK de door haar benoemde personen op hun verzoek kan machtigen tot het raadplegen van de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers en tot bezichtiging van de bezittingen van een rechtspersoon die nauw verbonden is met de rechtspersoon ten aanzien waarvan het onderzoek plaatsvindt. De wettekst is duidelijk: de machtiging vindt plaats op verzoek van de onderzoeker. Hij bepaalt of hij behoefte heeft aan een dergelijke machtiging. Hierbij dient in ogenschouw te worden genomen dat de onderzoeker in beginsel vrij is in de wijze waarop hij het hem opgedragen onderzoek wil instellen en in de beoordeling wie hij wenst te horen en welke gegevens hij meent nodig te hebben. De machtiging ex artikel 2:351 lid 1 BW mag niet ambtshalve, maar slechts op verzoek van de onderzoeker door de OK worden afgegeven. Door een ongevraagde ambtshalve machtiging zal de onderzoeker zich mogelijk niet lichtvaardig kunnen onttrekken aan het onderzoek bij bijv. een nauw verbonden rechtspersoon, terwijl hij dat onderzoek zelf niet nodig acht. Wanneer de onderzoeker zich van informatie wil voorzien bij nauw verbonden rechtspersonen, kan hij allereerst gewoon om die informatie vragen of verzoeken boeken en dergelijke te mogen raadplegen en zich bezittingen te doen tonen. Wanneer de nauw verbonden rechtspersoon dat weigert (en de belangstelling van de onderzoeker eens te meer zal zijn gewekt) zal de onderzoeker een machtiging vragen. Die procedure behoeft niet veel vertraging op te leveren.¹²¹
- Zij kunnen functionarissen van de rechtspersoon (onder ede) horen (artikel 2:352a lid 1 BW en artikel 66 Fw).
- Zij kunnen de woning betreden met behulp van de sterke arm (artikel 2: 352 lid 2 BW en artikel 93a Fw).

Er zijn ook verschillen:

- Het is de OK onderzoekers verboden hetgeen uit het onderzoek blijkt verder bekend te maken dan hun opdracht met zich brengt (artikel 2:351 lid 3 BW).
- De curator zal een en ander wel aan de commissie uit de schuldeisers en in het openbare faillissementsverslag moeten melden (artikel 73a Fw). De Praktijkregels zeggen wel dat de curator zich in het algemeen onthoudt van uitspraken in het openbaar over de vraag of er al niet sprake is van aansprake-

¹²⁰ OK 18 maart 1976, NJ 1978, 317, m.nt. Wachter.

¹²¹ HR 6 juni 2003, JOR 2003, 161, m.nt Josephus Jitta.

lijkheid van bestuurders en/of commissarissen totdat hij zijn onderzoek naar die aansprakelijkheid heeft afgerond (regel 1.5.3).

- Het OK onderzoek is redelijk te overzien. Partijen weten dat een onderzoek wordt uitgevoerd en door wie. Het begin en het einde van het onderzoek zijn kenbaar. In de tussentijd kunnen belanghebbenden zich tot de onderzoekers of de OK wenden.
- Het onderzoek van de curator speelt zich voornamelijk af buiten het zicht van de bestuurders en commissarissen en zij worden vaak door het onderzoeksrapport overvallen. Het is geen verzoekschriftprocedure en partijen kunnen op die grond geen opmerkingen maken of verzoeken doen (artikel 198 lid 2 Rv).
- De curator kan de post controleren. Dit volgt uit de Faillissementswet. De onderzoeker van de OK kan dat niet, althans niet onder alle omstandigheden.

5.6.4 De rol van artikel 6 EVRM bij beide onderzoeken

Het gaat hier om de wijze waarop het onderzoek door de OK onderzoekers en curator wordt uitgevoerd en de rol die artikel 6 EVRM daarbij speelt. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de enkele verplichting om aan een (fiscaal) boekenonderzoek mee te werken, niet op gespannen voet staat met het recht op een eerlijk proces.¹²² Het onderzoek van de bewindvoerder betreft uiteindelijk wel de individuele bestuurder of commissaris, maar de bewindvoerder stelt vervolgens geen burgerlijke rechten en verplichtingen van de betrokken bestuurders en commissarissen vast. Zij behoeven niet bij het onderzoek van de bewindvoerder of van de OK te worden betrokken. Indien de OK wil overgaan tot het treffen van voorzieningen, als bedoeld in artikel 2:356 BW, en verhaal van kosten op grond van artikel 2:354 BW wil toestaan, dan zijn de burgerlijke rechten en verplichtingen van de betrokken bestuurders en commissarissen wel in het geding. Blijkens de artikelen 2:355 en 2:354 BW kan toewijzing van het gevorderde plaatsvinden ‘indien uit het verslag van wanbeleid is gebleken’ (artikel 2:355 BW) en ‘indien uit het verslag blijkt dat deze (bestuurder, commissaris of een ander in dienst van de rechtspersoon) verantwoordelijk zijn voor een onjuist beleid of een onbevredigende gang van zaken van de rechtspersoon’ (artikel 2:354 BW). Het gevorderde kan niet direct worden toegewezen indien tot wanbeleid danwel tot verantwoordelijkheid daarvoor in het verslag wordt geconcludeerd. Indien de verzoekers tot enquête c.q. de rechtspersoon van oordeel is dat uit het verslag van wanbeleid is gebleken, kunnen zij de desbetreffende vorderingen doen, maar het is vervolgens aan de OK om uit te maken of inderdaad sprake is geweest van wanbeleid, waarbij de OK niet aan het oordeel van de onderzoeker is gebonden. Op de procedures voorzien in de artikelen 2:354 en 2:355 BW, zijn voorts de bepalingen van de gewone verzoekschriftprocedure zoveel mogelijk van toepassing. Dit brengt met zich mee dat de individuele bestuurders en commissarissen tot wie de verzoeken gericht zijn, in die procedure betrokken moeten worden. De hiervóór bedoelde procedures voldoen aldus

¹²² HR 23 november 1994, NJ 1995, 229 m.nt. 't H en HR 29 oktober 1996, NJ 1997, 232 m.nt. Sch.

aan de eisen van een behoorlijke rechtspleging en aan artikel 6 EVRM.¹²³ Zo ook zal op de vordering van de curator, als uit zijn onderzoek naar voren komt dat kennelijk onbehoorlijk bestuur is gebleken, de bestuurder of commissaris alsnog in een procedure moeten worden betrokken. Artikel 6 EVRM en de fundamentele rechtsbeginselen zijn niet van toepassing op de werkwijze van de curator en de door de OK benoemde onderzoeker, hetgeen tot op zekere hoogte afwijkt van artikel 198 lid 2 Rv voor deskundigen.¹²⁴ Dit sluit aan bij de overwegingen in het arrest in de Ogem-zaak.¹²⁵ Ook daarin oordeelde de Hoge Raad reeds dat artikel 6 EVRM geen betrekking heeft op de enquêtefase en dat fundamentele beginselen van procesrecht in die fase evenzeer gelding missen. Een zelfde conclusie volgt uit de Salomonson-zaak¹²⁶ en de Fayed-zaak.¹²⁷ Toch is de vraag hiermee niet geheel beantwoord. Het zou aanbeveling verdienen indien voor beide onderzoeken een onderzoeksprotocol wordt vastgesteld voor een heldere en transparante onderzoeksprocedure, waarin ook aan hoor en wederhoor zoveel mogelijk – en uiteraard met inachtneming van het bijzondere karakter van die procedures – recht wordt gedaan. Dit geldt met name voor de enquêteprocedure omdat uit de bewoordingen, het stelsel en de strekking van de wet als ook de wetsgeschiedenis blijkt dat de OK pas voorzieningen op grond van artikel 2:355 j° 2:356 BW kan treffen indien uit het verslag van het onderzoek wanbeleid is gebleken.¹²⁸ Het rapport kan daarmee verstrekkende gevolgen hebben ook al heeft een bestuurder die wordt aangesproken voldoende gelegenheid gehad hetgeen hij van belang acht voor een juiste beoordeling onder de aandacht van de Ondernemingskamer te brengen.¹²⁹ De Kluiver vraagt zich af in zijn noot onder het arrest van het EHRM in de Salomonson-zaak:

‘(...) of die benadering nu niet al te gemakkelijk voorbijgaat aan de eisen die rechtens aan procedures als deze ware te stellen, juist in het belang van de betrokkenen en in aanmerking genomen het belang dat ook internationaal wordt gehecht aan transparante procedures. De benadering van de OK lijkt daaraan voorbij te gaan en oogt ook rechtens niet overtuigend. In het algemeen komt mij voor dat gelet op de grote belangen die steeds meer bij een enquêteprocedure op het spel staan, eerder moet worden geoordeeld dat “beginselen van behoorlijk onderzoek” in haar algemeenheid juist wel van toepassing zouden moeten zijn bij het uitvoeren van een enquête.’

¹²³ HR 4 juni 1997, NJ1997, 671, m.nt. Ma; JOR 1997, 82 m.nt. Van den Ingh (Text Lite) en OK 28 juni 2001, JOR 2001/148, m. nt Van den Ingh (De Vries Robbé); Zie ook HR 13 september 2002, JOR 2002, 186 (De Vries Robbé). Zie ook HR 8 april 2005 NJ 2004, 443 m.nt. G van Solinge.

¹²⁴ HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466, m.nt. Ma (Ogem).

¹²⁵ HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466, m.nt. Ma.

¹²⁶ EHRM 19 maart 2002, JOR 2002, 127 (Salomonson v. Nederland), m.nt. H.J. de Kluiver. Voor de voorafgaande procedure, zie OK 2 november 1995, JOR 1996, nulnummer, p. 26 e.v., m.nt. I; HR 4 juni 1997, JOR 1997/82, m.nt. I; Pres. Rb. Amsterdam 9 december 1997, JOR 1998/7, m.nt. Van Solinge.

¹²⁷ EHRM 21 september 1994, no. 17101/90 (Fayed v. Verenigd Koninkrijk).

¹²⁸ HR 27 september 2000 inzake JOR 2000/217, m.nt. Brink (Gucci).

¹²⁹ OK 22 maart 2002, JOR 2002/82.

De Kluiver wijst op de procedure in Engeland waar de Inspectors van het relevante ministerie (Department of Trade and Industry) een document ontvangen waarin wordt onderstreept dat het doel van het onderzoek is ‘to find facts rather than to express their opinions on the conduct of individuals and that they should avoid the latter especially if expressed in colourful language’.¹³⁰ Het komt De Kluiver dan ook voor dat het niet slecht zou zijn als de OK vaart zou maken met duidelijke instructies aan onderzoekers en hij verwijst hiervoor naar de latere drukken van Gower’s handboek bewerkt door Paul Davies, die volstaat met de opmerking dat ‘Inspectors are free to draw conclusions from the evidence about the conduct of individuals, but should do so only with restraint.’ Het lijkt er overigens op dat in Nederland de OK onderzoekers juist steeds meer aangemoedigd worden wel oordelend op te treden indien de OK overweegt dat ‘de te benoemen onderzoekers het tot hun taak mogen rekenen zich uit te laten over de vraag of naar hun oordeel op de te onderzoeken terreinen al dan niet sprake is van wanbeleid en, zo daarvan naar hun oordeel sprake is, voorstellen te doen omtrent eventueel te treffen voorzieningen’.¹³¹ De Kluiver merkt daarbij op: ‘dat als de OK aldus in feite haar rechterlijke taken aan enquêteurs delegeert, een toekomstig beroep op artikel 6 EVRM bij Hoge Raad en/of EHRM wel eens gunstiger voor verzoekers zou kunnen uitpakken dan in de Text Lite-zaak. Als de OK taakopdrachten geeft die mede juridische oordelen omvatten, dan wordt immers steeds pleitbaarder dat onderzoekers mede bezig zijn met (hen opgedragen) “determination of civil rights and obligations”.’ Datzelfde gebeurde in de KPNQwest-enquête, waarin de OK overweegt dat de onderzoekers het tot hun taak mogen rekenen ‘zich een mening te vormen omtrent de vraag wie voor eventueel te constateren misleiding van het belegend publiek, onderscheidenlijk (ander) mogelijk wanbeleid verantwoordelijk is te houden’.¹³² Van Mierlo in zijn noot zegt dat deze ‘hint’ aan de onderzoekers, moet worden geplaatst in het licht van het feit dat de aanvragers van de enquête de OK hadden verzocht de onderzoekers in overweging te geven bijzondere aandacht te schenken aan het handelen van onder andere leden van de Raad van Bestuur en de Raad van Commissarissen, daarmee een voorschot nemend op individuele aansprakelijkheidstelling.¹³³

Toch is artikel 6 EVRM op het onderzoek, dat wil zeggen tijdens de onderzoeksfase, niet van toepassing. In de procedure voor het EHRM in de Text Lite-zaak¹³⁴ voerden de (oud) commissarissen vier klachten aan dat zij tijdens het onderzoek niet eerlijk waren behandeld omdat zij noch tijdens de (verzoekschrift)procedure, die tot het onderzoek had geleid, noch tijdens het onderzoek

¹³⁰ Aldus Gower's Principles of Modern Company Law, 5th ed., 1992, p. 681.

¹³¹ OK 8 maart 2001, JOR 2001, 55, r.o. 4.12. (Gucci).

¹³² OK 28 december 2006, JOR 2006, 67, r.o. 3.52.

¹³³ OK 27 februari 2009, JOR 2009, 107, m.nt. Van Mierlo.

¹³⁴ EHRM 19 maart 2002, no. 40253/98 (Salomonson e.a. v. Nederland); JOR 2002, 127 m.nt. De Kluiver; Ondernemingsrecht 2002, p. 309, m.nt. Geerts.

zelf waren gehoord. Daarnaast klaagden zij dat de gevolgde procedure zelf niet eerlijk jegens hen was geweest, omdat de OK de feiten niet zelf had onderzocht en de bevindingen van de onderzoeker had overgenomen. De laatste klacht betrof het feit dat zij niet in de gelegenheid waren gesteld om op de conclusie van de P-G hij de Hoge Raad te reageren. Het Europese Hof oordeelde dat het doel van het onderzoek niet was het verkrijgen van bewijsmateriaal over de persoonlijke aansprakelijkheid van de betrokkenen. Het onderzoek betrof niet het 'vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen'.¹³⁵ De resultaten van het onderzoek waren niet bindend voor de OK of enig ander gerecht, zodat het niet nodig was dat betrokkenen werden gehoord. Dat werd anders toen de OK moest beslissen over het verzoek van de curator om een aantal individuen, waaronder de belanghebbenden, hoofdelijk te veroordelen tot betaling van (een deel van) de kosten, waarmee hun aansprakelijk werd vastgesteld. De klacht werd echter afgewezen omdat belanghebbenden in de gelegenheid waren geweest hun verweren kenbaar te maken en de OK deze ook daadwerkelijk had meegewogen. Ten aanzien van de laatste klacht oordeelde het Hof dat zij op basis van het dossier dat voorlag deze klacht niet kon beoordelen en hield de zaak aan voor nader onderzoek. Zover is het niet gekomen, omdat belanghebbenden de klacht vervolgens hebben ingetrokken.

In de *Mantovanelli v. Frankrijk*-zaak, die ook een onderzoeksrapport tot onderwerp had, was al een soortgelijke beslissing genomen.¹³⁶ In een andere uitspraak over een deskundigenonderzoek oordeelde het Hof dat één van de elementen van een eerlijk proces, als bedoeld in artikel 6 lid 1 EVRM, het recht op een procedure op tegenspraak is, waarbij iedere partij de mogelijkheid heeft het bewijs aan te leveren dat nodig is om zijn vordering te doen slagen, maar ook het recht heeft om kennis te nemen van en commentaar te leveren op alle bewijs dat wordt aangehaald of op opmerkingen die worden gemaakt teneinde het rechterlijk oordeel te beïnvloeden.¹³⁷

Geerts is van oordeel dat de betekenis van dit arrest niet moet worden overdreven omdat het vrijwel uitgesloten lijkt dat de twee omstandigheden waaraan het EHRM in het *Mantovanelli*-arrest doorslaggevende betekenis heeft toegekend, zich in het OK onderzoek voor zullen doen. Het Hof zou voornamelijk acht hebben geslagen op het feit dat het voor de verzoekers niet mogelijk was bij de getuigenverhoren van personen aanwezig te zijn, waarvan moet worden aangenomen dat zij bewijs zouden leveren dat in lijn was met dat van de wederpartij, het ziekenhuis, en verzoekers de documenten, die de onderzoeker voor zijn werkzaamheden had gebruikt, voor het eerst onder ogen kregen nadat het rapport gereed en gedeponneerd was. Geerts acht het met name moeilijk voorspel-

¹³⁵ Zie ook HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466, m.nt. Maeijer.

¹³⁶ EHRM 18 maart 1997, no. 21497/93, (*Mantovanelli v. Frankrijk*), par. 33.

¹³⁷ Zie: EHRM 20 februari 1996, no. 15764/89 (*Lobo Machado v. Portugal*), par. 31; EHRM 20 februari 1996, no. 19075/91 (*Vermeulen v. België*), par. 33.

baar dat de onderzoekers zich eenzijdig zouden laten adviseren.¹³⁸ Hermans ziet dat echter anders.¹³⁹ Op grond van dit arrest zou wel kunnen worden geconcludeerd dat indien de rechter-commissaris getuigen hoort de schuldenaar moet worden opgeroepen en de gelegenheid krijgt zelf vragen te stellen.

5.7 Strafrechtelijk onderzoek

5.7.1 De bewindvoerder als opsporingsfunctionaris?

Omdat het artikel 4.2.14 Voorontwerp de bewindvoerder (hetzelfde kan gelden voor de curator) nadrukkelijk opdraagt de rechter-commissaris te informeren of er een redelijk vermoeden aanwezig is dat strafbare feiten zijn gepleegd ligt het voor de hand dat de bewindvoerder daarnaar een onderzoek instelt. Indien de rechter-commissaris de bewindvoerder zou vragen of hij een redelijk vermoeden van een strafbaar feit heeft kan de bewindvoerder natuurlijk niet zeggen dat hij dat niet heeft onderzocht. Dit onderzoek zal in de regel samenlopen met de overige onderzoeken van de bewindvoerder. Voor deze onderzoeken heeft de bewindvoerder toegang tot informatie, waarvoor wordt verwezen naar hoofdstuk 2.

Omdat in het Voorontwerp, of in de Toelichting daarop, hierover niets is opgenomen zou al snel de conclusie kunnen worden getrokken dat de bewindvoerder kan worden gezien als opsporingsfunctionaris. Het ligt niet voor de hand deze verplichting in de wet op te nemen als de bewindvoerder er vervolgens niets mee moet doen. Als de bewindvoerder de schuldenaar vragen stelt weet de schuldenaar echter niet of de bewindvoerder bezig is met een onderzoek naar een misdrijf en of de bewindvoerder reeds een redelijk vermoeden heeft kunnen afleiden en vervolgens aangifte zal doen. Voor de bewindvoerder zou daarom moeten gelden dat, voordat het verhoor aanvangt, hij de schuldenaar daarover informeert en indien hij een redelijk vermoeden heeft, de schuldenaar meedeelt dat hij niet tot antwoorden verplicht is en in de oproep tot het verhoor dat hij zich desgewenst kan doen bijstaan. Dit zijn overigens dezelfde verplichtingen die ook op de belastingdienst rusten indien een bestuurlijke boete zal worden opgelegd op grond van artikel 67 I lid 2 AWR. De bewindvoerder kan daardoor mogelijk in zijn onderzoek worden belemmerd, maar dat zou geen reden mogen zijn deze cautie niet te geven.

De bewindvoerder doet onderzoek naar mogelijk strafrechtelijke aansprakelijkheid. Dit maakt de bewindvoerder echter nog niet opsporingsfunctionaris. Het begrip opsporing door functionarissen duidt op het onderzoek door speciaal daartoe aangewezen personen, die geen rechter zijn, ter opheldering van een vermoedelijk strafbaar feit en ter voorbereiding van een ter zake daarvan eventueel op te leggen strafrechtelijke sanctie. Daarbij zijn, in veel ruimere mate dan

¹³⁸ Geerts 2004, p. 170.

¹³⁹ R.M. Hermans, 'Het onderzoek in de enquêteprocedure' in Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2002-2003, p. 136 e.v.

aan burgers, bevoegdheden toebedeeld. Het Wetboek van Strafvordering belast officieren van justitie en politieambtenaren, (als bedoeld in artikel 3 lid 1 sub a en c en lid 2 Politiewet 1993) met de opsporing van strafbare feiten (artikel 141 Sv). Zij zijn 'gewone' opsporingsambtenaren.¹⁴⁰ De bewindvoerder wordt niet als zodanig genoemd. De schuldenaar moet de bewindvoerder mondelinge informatie en schriftelijke documenten verstrekken. Op basis van deze informatie kan de bewindvoerder voldoen aan de op hem in artikel 4.2.14 Voorontwerp gelegde verplichting. Verder zou hij niet moeten gaan. De bewindvoerder moet zich steeds realiseren dat de opsporing tot een inbreuk op grondrechten kan leiden. Met name indien de bewindvoerder de schuldenaar hoort of verhoort nadat hij door de rechter-commissaris in bewaring is genomen. In het verhoor dat voorafgaand aan de beslissing tot de inbewaringstelling wordt afgenomen, wordt de schuldenaar als procespartij gehoord. Hier wordt de schuldenaar de gelegenheid gegeven zijn standpunt omtrent het dwangmiddel waaraan hij is of zal worden onderworpen tot uiting te brengen.¹⁴¹ Bij verhoor in het kader van het (strafrechtelijk) onderzoek door de bewindvoerder is de schuldenaar object van onderzoek. Hij wordt door de rechter-commissaris of de bewindvoerder ondervraagd met het oog op de beantwoording van de vraag of hij een strafbaar feit heeft begaan. Dit kan leiden tot een bekentenis. Hierbij moet worden bedacht dat indien de schuldenaar van zijn vrijheid is beroofd en deze situatie voortduurt totdat hij de door de bewindvoerder of rechter-commissaris gewenste informatie heeft verschaft, hij in een situatie van onzekerheid en verwarring en mogelijk zelf intimidatie verkeert. Ook al is de schuldenaar mogelijk niet verplicht te antwoorden op vragen, van een gelijkwaardige verhouding is geen sprake meer. De bewindvoerder beschikt over machtsmiddelen om de schuldenaar van zijn vrijheid te beroven. Zij kunnen al effect sorteren ook al worden ze niet daadwerkelijk uitgeoefend. Omdat bijvoorbeeld een voorlopige hechtenis in strafzaken niet mag worden bevolen enkel op grond van de noodzaak om de verdachte te verhoren, terwijl voorlopige hechtenis in de regel aan een korte duur is gebonden, zou de faillissementsrechtelijke inbewaringstelling om de schuldenaar te horen, die feitelijk niet aan enige termijn is gebonden, ook niet, althans slechts behoedzaam moeten worden toegepast. De bewindvoerder moet zich onthouden van dwangmiddelen die tot gevolg kunnen hebben dat een verklaring niet in vrijheid is gekregen.¹⁴² Dit legt een zware taak op de schouders van de bewindvoerder.

¹⁴⁰ Corstens 1999, p. 243.

¹⁴¹ J. Remmelink, 'Het verhoor in strafzaken', R.M. Themis 1966, p. 307-358, p. 311-321.

¹⁴² Zie het geval waarin een verdachte die zich permanent op zijn zwijgrecht beriep nagevoel elke werkdag van het huis van bewaring waar hij voorlopig was gehecht, naar een politiebureau werd overgebracht om daar te pogen zijn stilzwijgen te verbreken, Pres. Rb. Amsterdam 16 mei 1988, KG 1988, 237. Deze beslissing is op formele gronden vernietigd. De verdachte had zich op de rechtsgang van artikel 225 lid 3 Sv moeten beroepen, zie HR 23 november 1991, NJ 1991, 184, m.nt. ThWvV.

Nemo tenetur. Heeft de schuldenaar steeds de verplichting om aan het onderzoek van de bewindvoerder mee te werken? Voor zover het geen strafrechtelijk onderzoek betreft bestaat die verplichting wel. Betreft het een onderzoek naar strafbare feiten, waarschijnlijk niet. Zo heeft de schuldenaar, indien de bewindvoerder een redelijk vermoeden heeft, als verdachte ook rechten. Een verdachte is niet verplicht op vragen te antwoorden die hem bij wijze van verhoor worden gesteld (artikel 29 lid 1 Sv). Bovendien moet hem tevoren worden meegedeeld dat hij niet tot antwoorden verplicht is (artikel 29 lid 2 Sv).¹⁴³ In het verhoor door de rechter-commissaris op grond van artikel 66 Fw kunnen de echtgenoot en geregistreerd partner zich verschonen (artikel 66 lid 4 Fw). Het verschoningsrecht op grond van artikel 191 lid 4 Rv is van overeenkomstige toepassing op getuigenverhoren ingevolge artikel 66 Fw. Een getuige kan zich in dit verhoor van een antwoord op een hem gestelde vraag verschonen indien hij daardoor zichzelf - of één van de in die bepaling genoemde andere personen - aan het gevaar van een strafrechtelijke veroordeling ter zake van een misdrijf zou blootstellen. Dit strookt met het in artikel 6 EVRM besloten liggende beginsel dat niemand verplicht is mee te werken aan het leveren van bewijs dat kan bijdragen aan zijn strafrechtelijke veroordeling.

Ook op grond van artikel 219 Sv kan een getuige zich verschonen en deze bepaling komt weer overeen met artikel 191 lid 4 Rv. Het is een afweging van enerzijds het belang dat in rechte de waarheid aan het licht komt, anderzijds het belang dat een getuige (of één van zijn naasten) niet moet worden blootgesteld aan het gevaar van een strafrechtelijke veroordeling. Indien de bewindvoerder inlichtingen vraagt op grond van de artikelen 105 en 106 Fw, dan zijn de te verhoren personen geen getuigen. Zij staan niet onder ede en zij kunnen zich als zodanig niet verschonen. Het is daarbij ook mogelijk dat de bewindvoerder nadat hij de gevraagde inlichtingen heeft ontvangen de schuldenaar als verdachte aanmerkt en aangifte doet. Het is mogelijk dat de bewindvoerder de schuldenaar vervolgens weer wil horen terwijl tegen de schuldenaar inmiddels een strafrechtelijk opsporingsonderzoek of gerechtelijk vooronderzoek van start is gegaan. Voor zover de curator binnen de grenzen van zijn in de wet omschreven taak en bevoegdheden, op grond van de artikelen 105 en 106 Fw, of in een verhoor bij de rechter-commissaris, op grond van artikel 66 Fw, inlichtingen of medewerking verlangt, dan kan de schuldenaar zich daaraan niet onttrekken met een beroep op het in artikel 29 Sv neergelegde zwijgrecht van de verdachte of het verschoningsrecht van artikel 219 Sv. Dit kan weer wel op grond van artikel 191 lid 4 Rv. Het faillissement behoort naar zijn aard veeleer tot de sfeer van het burgerlijk proces- en executierecht dan tot de sfeer van het strafprocesrecht, zodat analoge toepassing van de artikelen 29 en 219 Sv in plaats van artikel 191 lid 4 Rv niet gewettigd is.¹⁴⁴

¹⁴³ Zie bijv. HR 19 oktober 1988, NJ 1989, 479.

¹⁴⁴ HR 11 februari 1994, NJ 1994, 336.

Een verdachte is niet tot antwoorden verplicht (artikel 29 lid 1 Sv). Dit vinden we terug in artikel 14 lid 3 sub g IVBPR, waarin is bepaald dat een verdachte niet mag worden gedwongen tegen zichzelf te getuigen of een bekentenis af te leggen. Niemand kan worden verplicht tot het verlenen van medewerking aan het verkrijgen van voor hem mogelijk bezwarend bewijsmateriaal.¹⁴⁵ In het Funke-arrest sprak het EHRM, in meer algemene bewoordingen, over het recht ‘not to contribute to incriminating himself’. Het is vaste jurisprudentie dat indien het pressieverbod is overtreden de verklaring van de verdachte niet voor het bewijs mag worden gebruikt.¹⁴⁶ De verdachte heeft een ondubbelzinnig recht te zwijgen. Afgezien van artikel 29 lid 1 Sv en artikel 14 lid 3 sub g IVBPR volgt dit zwijgrecht uit artikel 6 EVRM. De vraag is of de spreekplicht uit de artikelen 105 en 106 Fw, voor wat betreft verdachten, moet wijken voor de verdragsbepaling van artikel 14 lid 3 sub g. IVBPR. Ik ben wel van mening dat dit het geval is.¹⁴⁷ Het bewijs in een strafzaak mag immers niet worden geleverd door materiaal dat tegen de wil van de verdachte is verkregen door op hem dwang uit te oefenen. De spreekplicht uit de Faillissementswet staat op gespannen voet met artikel 6 lid 1 EVRM, indien de resultaten in de strafzaak tegen degene die tot spreken werd gedwongen worden gebruikt, aldus de Saunders-zaak.¹⁴⁸ Het zwijgrecht verhindert overigens niet de verplichting bepaalde documenten ter inzage te geven, ook al kan de inzage daarvan aan een strafrechtelijke veroordeling van de betrokkene bijdragen. Artikel 29 Sv en 14 lid 3 sub g IVBPR betreffen mondelinge communicatie.¹⁴⁹ Het kan echter ook schriftelijke stukken betreffen.¹⁵⁰ Schriftelijke stukken die onafhankelijk van de wil van de verdachte zijn verkregen, zoals na een uitleveringsbevel, mogen wel tegen hem worden gebruikt.¹⁵¹ Het gaat hier om twee specifieke condities.

Beziet men de verplichtingen van de insolvente schuldenaar (en haar bestuurder) tot het geven van inlichtingen en documenten enerzijds en de deels overlappende strafrechtelijke, bestuursrechtelijke en civielrechtelijke aspecten van het faillissement anderzijds, dan ontstaat m.b.t. het nemo tenetur beginsel voor de curator het volgende beeld.

In de de Funke-zaak oordeelde het EHRM dat het met een dwangsom versterkte bevel om documenten aan de overheid uit te leveren in strijd was met het nemo

¹⁴⁵ HR 15 februari 1977, NJ 1977, NJ 1990, 531.

¹⁴⁶ HR 13 mei 1997, NJ 1998, 152 m.nt. Sch; AAe 1997, p. 816 m.nt. Th. A. de Roos.

¹⁴⁷ Zie ook Corstens 1999, p. 265.

¹⁴⁸ EHRM 17 december 1996, no. 19187/91 (Saunders v. Verenigd Koninkrijk), NJ 1997, 699 m.nt. Kn, par. 68.

¹⁴⁹ HR 9 oktober 1984, NJ 1985, 176 en HR 26 april 1988, NJ 1989 390 m.nt. ThWvV.

¹⁵⁰ EHRM 25 februari 1993 no. 10828/84 (Funke v. Frankrijk), NJ 1993, 485 m.nt. Kn, AAe 1993, p. 672-680, m.nt. A.H.J. Swart: betreffende het onder verbeurte van een dwangsom verstrekken van documenten door iemand die als verdachte werd aangemerkt betreffende de overtreding van financiële transacties.

¹⁵¹ (Saunders v. Verenigd Koninkrijk), par. 69.

tenetur-beginsel.¹⁵² Dit zal de bewindvoerder niet doen, althans hij kan geen dwangsom opleggen, maar hij kan wel druk uitoefenen (dreigen met inbewaaringstelling). Men kan zich afvragen of het na het Funke-arrest nog wel mogelijk is dat de bewindvoerder de schuldenaar kan dwingen om documenten af te staan. De oplossing is gevonden in twee specifieke condities. In de eerste plaats moet het gaan om documenten waarvan het niet zeker is dat de bewindvoerder van het bestaan op de hoogte is.¹⁵³ In dat geval ligt het voor de hand dat de bewindvoerder die documenten eerst op andere (minder belastende) wijze tracht te verkrijgen. In de tweede plaats moet er sprake zijn van een 'criminal charge'. Wanneer tijdens het 'normale' onderzoek door de bewindvoerder zonder dat er van een concrete verdenking sprake is, gegevens worden verzameld die, ook voor andere instanties, de grondslag kunnen vormen van verdere (ook strafrechtelijke) acties, dan is er van een procedure in de zin van artikel 6 EVRM nog geen sprake. Dit standpunt werd door het EHRM bevestigd in de Fayed-zaak en in andere onderzoeken van toepassing geoordeeld, zoals in het onderzoek op last van de Ondernemingskamer. Na de Funke-zaak kwam de Saunders-zaak. In het in deze zaak gewezen arrest stond opnieuw het nemo tenetur-beginsel centraal. Het ging daarbij om twee verschillende kwesties. De eerste betrof de welbekende problematiek van de spreekplicht versus het zwijgrecht: hoe verhouden de inlichtingenplichten die in bepaalde situaties op de schuldenaar rusten, zich tot het zwijgrecht dat hij als verdachte heeft? De tweede kwestie had betrekking op de reikwijdte van 'the right not to incriminate oneself'. In hoeverre gaat het om méér dan het zwijgrecht alleen? Het Hof overwoog dat het recht zich niet uitstrekt tot het gebruik van afgedwongen bewijsmateriaal dat onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat, en noemt daarbij als voorbeelden: in beslag genomen documenten, uitgeademde lucht (blaasproef), bloed- en urinemonsters en lichaamswaarschuifsel voor DNA-onderzoek. Verklaringen die een burger gedwongen was af te leggen, mogen niet in een strafproces tegen hem gebruikt worden. Het publieke belang kan, ongeacht de aard van de tenlastegelegde feiten, een overeenkomstig gebruik niet rechtvaardigen. Maar materiaal, waarbij de betrouwbaarheid niet in het geding is, kan wel, zelfs als het onder dwang is verkregen, in een strafzaak worden gebruikt.¹⁵⁴ Het onder dwang overleggen van documenten ten behoeve van een strafzaak komt daarmee niet in strijd met het verbod op zelfincriminatie, tenzij over het bestaan van die documenten onzekerheid bestaat.

Na de Saunders-zaak wees het EHRM een arrest in de zaak J.B. v. Zwitserland.¹⁵⁵ Daarin bleek dat het opleggen van een boete wegens nalatigheid informatie aan de fiscus te verschaffen, toch weer in strijd werd geoordeeld met het recht zichzelf niet te incrimineren. Schalken in zijn noot onder dit arrest lijkt het

¹⁵² AAe 1993, p. 672 m.nt. Swart, FED 1993, 628 m.nt. Feteris, BNB 1993, 350 m.nt. Watel, NJCM-bulletin 1993, p. 584 m.nt. Myjer.

¹⁵³ Daarover nader J.M. Reijntjes, 'Nemo tenetur', Arnhem 1996, p. 17.

¹⁵⁴ In deze zin ook HR 30 september 1997, NJ 1988, 104.

¹⁵⁵ EHRM 3 mei 2001, no. 31827/96 (J.B. v. Zwitserland), NJ 2003, 354 m.nt. Sch.

spoor bijster te worden en hij roept uit: ‘wat nu weer?’ Had het Europese Hof in de zaak-Saunders niet beslist dat nemo tenetur niet van toepassing is op de administratieve fase, zodat een door de administratie opgelegde medewerkingsplicht geen inbreuk opleverde op artikel 6 EVRM en dat de in die fase verkregen documenten tijdens het strafproces buiten het bereik van nemo tenetur vielen? ‘Was Straatsburg ineens de draad kwijt?’

In de zaak van J.B. v. Zwitserland zijn inderdaad aanwijzingen te vinden die het moeizaam opgebouwde Straatsburgse standpunt inzake nemo tenetur onderuit zouden kunnen halen. Zie daarover Koops en Stevens.¹⁵⁶ Toch lijken die aanwijzingen voor een belangrijk deel te herleiden tot de specifiek casuïstische aspecten van de zaak zelf (m.n. de verwevenheid van de administratieve en strafrechtelijke procedure), zodat de Straatsburgse beslissing bij nadere beschouwing wellicht niet zo atypisch is als op het eerste oog lijkt, aldus Schalken. In de eerste plaats heeft het Europese Hof in de Allen-zaak uitdrukkelijk vastgesteld dat de verplichting van een belastingplichtige om opgave te doen van zijn financiële situatie niet in strijd komt met het nemo tenetur-beginsel, zodat een met dwang handhaven van een verplichting tot medewerking verdragsrechtelijk geen probleem is.¹⁵⁷ Of, zoals het Europese Hof pragmatisch opmerkt: ‘Anders kan geen belastingstelsel goed functioneren’. Het zwijgrecht geldt dus niet – anders dan in fiscale kring wel wordt betoogd – in de inlichtingenfase voor de niet-verdachte belastingplichtige.¹⁵⁸ Ditzelfde zou dan ook weer moeten gelden voor de schuldenaar in de insolventieprocedure. Iets anders is dat materiaal dat in die fase onder dwang is verkregen en dat afhankelijk van de wil van de betrokkene bestaat, niet ten behoeve van een daarop volgend strafproces mag worden gebruikt (zoals in de Saunders-zaak).

Daarbij stond ook in de J.B.-zaak de vraag centraal of de overheid eigenlijk wel van het bestaan van de gevraagde informatie op de hoogte was. Hoewel de Zwitserse belastingdienst reeds bekend zou zijn geweest met feiten die wezen in de richting van verzwegen inkomsten (dus in de richting van belastingontduiking), werd J.B. maar liefst achtmaal gevorderd documenten over te leggen die informatie zouden bevatten over de bronnen van zijn inkomsten, hetgeen door J.B. werd geweigerd, waarna hem in totaal vier boetes werden opgelegd. Uit de ijver die de belastingdienst aan de dag legde om van J.B. informatie los te krijgen, leidde het Europese Hof af dat die dienst over onvoldoende informatie beschikte en deze dienst dus documenten van J.B. nodig had om de verdenking tegen hem bewijsrechtelijk handen en voeten te geven. Dit impliceerde volgens het Hof dat J.B. werd gedwongen documenten ter beschikking te stellen die tot zelfbeschuldiging zouden kunnen leiden. Als de gecreëerde uitzondering voor documenten

¹⁵⁶ E.J. Koops en L. Stevens, ‘J.B. versus Saunders. De groeiende duisternis rond nemo tenetur’, DD 2003/3, p. 281.

¹⁵⁷ EHRM 10 september 2002, no. 76574/01 (Allen v. Verenigd Koninkrijk), NJCM-Bulletin 2003/2, p. 160 m.nt. E.Myjer).

¹⁵⁸ Vgl. o.a. G.L.A.M. van Doveren in Adv. bl. 2003/7, p. 287.

in het Saunders-arrest – op documenten is *nemo tenetur* in principe niet van toepassing – in dit licht wordt gezien, ligt de zaak tegen J.B. in het verlengde van de zaak tegen Funke. Het bezwaar van het Europese Hof heeft immers geen betrekking op de enkele dwang om documenten ten behoeve van het strafproces uit te leveren, maar op het speculatieve karakter van een dergelijke vordering. Wanneer de overheid niet op de hoogte is van het bestaan van bepaalde documenten, kan zij via een vordering wel van dat bestaan op de hoogte geraken, terwijl die wetenschap in een strafrechtelijke context op het zwijgrecht zou kunnen afketsen. Daar komt nog iets anders bij. Bij ‘*nemo tenetur*’ moet worden gedifferentieerd naar de aard van de medewerking die wordt gevorderd. Gaat het bijvoorbeeld om het verschaffen van mondelinge of schriftelijke inlichtingen? Als de informatie door middel van mondelinge verklaringen moet worden verschaft, dan is *nemo tenetur* daarop in volle omvang van toepassing, omdat de dwang de betrouwbaarheid van die verklaringen kan beïnvloeden. Dat behoeft bij schriftelijke verklaringen niet het geval te zijn. Als het specifieke, bestaande en bekende, documenten betreft, dan blijft *nemo tenetur* buiten beeld, zodat die documenten onder dwang ook ten behoeve van een strafzaak gevorderd kunnen worden. Dat komt, zoals we hebben gezien, anders te liggen als de overheid in het ongewisse verkeert over het bestaan van documenten waarin de gegevens zijn vastgelegd die tot een strafvervolgning kunnen leiden. Dat zou niet alleen langs indirecte weg strijd met het zwijgrecht opleveren, maar ook de betrouwbaarheid van het bewijs kunnen aantasten, bijvoorbeeld als de documenten onder dwang nog moeten worden vervaardigd, hetgeen immers niet onafhankelijk van de wil van de betrokkene kan geschieden. Dit zou er misschien voor pleiten dat de bewindvoerder in zijn werkzaamheden, die uit artikel 4.2.14 Voorontwerp voortvloeien, de schuldenaar de vragen schriftelijk laat beantwoorden.

5.7.2 Controle

De bewindvoerder heeft controlebevoegdheden. Dit zijn bevoegdheden die liggen buiten het kader van de strafvordering, maar die de bedoeling hebben de naleving van bepaalde voorschriften te controleren. Die bevoegdheden mogen, ook zonder dat er een verdenking bestaat, worden gehanteerd. De bewindvoerder mag er gebruik van maken om na te gaan of de wet is nageleefd. Bij controle kan blijken dat dat niet het geval is. Indien het desbetreffende voorschrift strafrechtelijk gesanctioneerd is, is daarmee een strafbaar feit geconstateerd. Omdat de bewindvoerder geen opsporingsambtenaar is kan hij niet meteen gaan opsporen, maar kan hij de rechter-commissaris hierover informeren en daarbij de gronden voor zijn vermoeden vermelden of kan hij kan een opsporingsambtenaar inschakelen en zelf aangifte doen.¹⁵⁹

Indien de bewindvoerder in het kader van zijn werkzaamheden controle uitoefent, bijvoorbeeld indien hij gebruik maakt van zijn bevoegdheden ex artikel 105

¹⁵⁹ Corstens 1999, p. 251.

Fw, dan zijn de schuldenaar, echtgenote, bestuurders en commissarissen tot medewerking verplicht. Voor zover de bewindvoerder daarbij binnen de grenzen van zijn, in de wet omschreven, taak en bevoegdheden blijft en slechts inlichtingen en medewerking verlangt, kunnen deze personen zich daaraan niet onttrekken met een beroep op het beginsel van artikel 29 Sv. Dit zou slechts anders (kunnen) zijn indien de vragen van de bewindvoerder tot doel hebben strafrechtelijk bewijs bijeen te brengen. Het Hof Arnhem oordeelde dat het bijeenbrengen van dit bewijs buiten zijn taak en bevoegdheden viel en dat daarom ook niet kon worden verwacht, dat de bewindvoerder dat toch zou doen daarom.¹⁶⁰ Omdat dit een arrest is gewezen onder de Faillissementswet, valt te bezien of artikel 4.2.14 Voorontwerp daarin verandering zal brengen. Het Hof was ook van oordeel dat, zelfs indien de bewindvoerder bezig was strafrechtelijk bewijs bijeen te brengen, de schuldenaar nog steeds geen beroep toekwam op artikel 29 lid 1 Sv, omdat dit recht slechts kon worden ingeroepen in een verhoor voor c.q. ten overstaan van de rechter of ambtenaar in het kader van een strafrechtelijk verhoor. Dit kon derhalve niet voor c.q. tegenover de curator in een faillissement bij de uitoefening van diens in de wet omschreven taak. Indien en voor zover de verplichting tot medewerking ertoe leidt dat de schuldenaar onvrijwillig in het kader van strafvervolgning bruikbaar bewijs tegen zichzelf verschaft, dient zulks door de strafrechter bij de vaststelling en waardering van het bewijs te worden betrokken. Aan in artikel 105 Fw bedoelde verplichting tot medewerking door het verstrekken van inlichtingen is groot belang gehecht, zoals blijkt uit artikel 194 Sr. Het niet nakomen van deze verplichting kwalificeert op zich al als een misdrijf waarvan de nakoming kan worden afgedwongen door de inbewaringstelling (artikel 87 Fw). Zelfs indien de schuldenaar zich reeds in verzekerde bewaring bevindt is er geen beroep op artikel 21 lid 1 Sv mogelijk. Omdat de grens tussen controle en opsporing vaak onduidelijk is, wordt wel gepleit de cautie steeds te verstrekken en deze te laten fungeren als permanent signaal bij de overgang tussen controle en opsporing. Na het geven van de cautie kan de verdachte zelf beslissen of hij gebruik wil maken van zijn strafprocessuele rechten.¹⁶¹

5.7.3 Sfeerovergang

Met sfeerovergang wordt bedoeld het moment waarop de controle overgaat in strafrechtelijke opsporing. Dit is het geval zodra een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit is gerezen. De relevantie van deze sfeerovergang is – zeker vanuit het oogpunt van de (inmiddels) verdachte – met name gelegen in de omstandigheid dat strafrechtelijke waarborgen voor de verdachte gaan gelden die in de controlefase ontbreken. Dit sluit niet uit dat de controle wordt voortgezet en ook niet dat de controlebevoegdheden mede worden gebruikt ter opsporing, mits bedoelde waarborgen in acht worden genomen.¹⁶² Is dit laatste niet

¹⁶⁰ Hof Arnhem 3 februari 1987, NJ 1988, 269.

¹⁶¹ A. in 't Hek, 'De cautie; de absolute afbakening van de overgang van controle naar opsporing', NJB 2007, nr. 6.

¹⁶² HR 26 april 1988, NJ 1989, 390.

het geval, dan is er in beginsel sprake van een verzuim van vormen. Worden de controlebevoegdheden uitsluitend ter opsporing aangewend, dan is sprake van *détournement de pouvoir*.

5.7.4 De cautie

De cautie is in de internationale mensenrechtenverdragen niet opgenomen als waarborg in een strafprocedure. Artikel 6 EVRM bevat zelfs geen expliciete waarborg tegen zelf-incriminatie (hoewel die wel vervat geacht wordt in de *praesumptio innocentiae* van artikel 6 lid 2) en dus al helemaal geen cautieplicht. Artikel 14 IVBPR bevat wel een waarborg tegen zelf-incriminatie (derde lid sub g), maar bepaalt nergens dat dit zwijgrecht ook aan de verdachte medegedeeld moet worden, zoals artikel 29 lid 2 Sv dat wèl bepaalt voor de Nederlandse strafvordering. De fiscale boeteoplegging kan worden opgevat als het instellen van een strafvervolgning in de zin van de artikelen 6 EVRM en 14 IVBPR, maar een cautieplicht brengt dit nog niet met zich mee.¹⁶³ Het bestaan van een redelijke verdenking dat een bepaalde persoon een strafbaar feit heeft begaan staat niet in de weg bij het uitoefenen van de (in artikel 49 lid 1 AWR en in de Faillissementswet omschreven) controlebevoegdheid tegenover die schuldenaar/verdachte of tegenover een derde, mits daarbij de aan de verdachte als zodanig toekomende waarborgen in acht worden genomen.

Het EHRM overwoog: 'While Article 6 Convention guarantees the right to a fair trial, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such, which is therefore primarily a matter for regulation under national law.'¹⁶⁴ De omstandigheid dat het opleggen van een verhoging moet worden aangemerkt als 'a criminal charge', brengt niet met zich mee dat op zodanige oplegging de regels en/of beginselen van het nationale strafrecht van toepassing zijn. De bijzondere waarborgen, toegekend ter bescherming van een verdachte in een strafrechtelijke procedure en die met name ook hun grond vinden in het uitgangspunt dat een verdachte niet aan zijn eigen veroordeling behoeft mede te werken, gelden niet voor de schuldenaar in een faillissement of de belastingplichtige die gehouden is duidelijk, stellig en zonder voorbehoud gegevens, inlichtingen en bescheiden aan de curator of de inspecteur te verstrekken welke voor de belastingheffing te zijnen aanzien van belang kunnen zijn.¹⁶⁵

De cautie dat de verdachte niet tot spreken verplicht is, moet de verdachte worden gegeven vóór het verhoor, zodra er een redelijk vermoeden van een strafbaar feit is. De verplichting deze cautie te geven rust onder meer op een opsporingsambtenaar, op een rijksbelasting ambtenaar (zie artikel 80 lid 1 AWR), of de verhorende rechter en mijns inziens daarmee ook op de bewindvoerder. De

¹⁶³ P.J. Wattel, FED 1986/1089, onder 3, p. 3368.

¹⁶⁴ EHRM 12 juli 1988, no. 10862/84 (Schenk v. Zwitserland), NJ 1988, 851, m.nt. EAA.

¹⁶⁵ HR 7 september 1988, BNB 1988, 298.

cautieplicht bestaat vanaf het ontstaan van een verdenking.¹⁶⁶ De term ‘redelijk’ is geobjectiveerd.¹⁶⁷ Het subjectieve inzicht van de verhorende bewindvoerder is niet doorslaggevend. De cautieplicht geldt bij mondelinge verhoren, maar ook bij een telefonisch of schriftelijk verhoor.¹⁶⁸ Van een verhoor is sprake als door een opsporingsambtenaar (de bewindvoerder) aan een als verdachte aangemerkt persoon vragen worden gesteld over diens betrokkenheid bij een strafbaar feit dat geconstateerd is.¹⁶⁹ Er is geen verhoor indien de verdachte geheel op eigen initiatief en zonder dat hem dienaangaande een vraag is gesteld een bekentenis aflegt.¹⁷⁰ Het toezenden van op schrift gestelde vragen is geen verhoor in de zin van artikel 29 Sv.¹⁷¹ Is niet aan de cautieplicht voldaan dan kan de door de verdachte afgelegde verklaring in beginsel niet als bewijsmiddel in een strafzaak worden gebruikt.¹⁷² Dit is vaste jurisprudentie. Er is echter geen automatische toepassing van deze bewijsuitsluitingsregel. Een uitzondering wordt aangenomen indien de verdachte niet in zijn belang is geschaad.¹⁷³

5.8 Conclusies

In het Voorontwerp Insolventiewet is de bepaling opgenomen dat de bewindvoerder, die een redelijk vermoeden heeft dat de schuldenaar een misdrijf heeft gepleegd, als bedoeld in titel XXVI van het tweede Boek van het Wetboek van Strafrecht, of zich schuldig heeft gemaakt aan een poging tot, voorbereiding van of deelneming aan een dergelijk misdrijf, de verplichting heeft de rechter-commissaris hierover te informeren (Artikel 4.2.14 Voorontwerp). De rechter-commissaris kan vervolgens beslissen, de bewindvoerder al dan niet een aanwijzing te geven om aangifte te doen (artikel 4.3.4 Voorontwerp) of om zelf aangifte te doen. Deze verplichting is opgenomen met het oog op de bestrijding van insolventiefraude. Indien de schuldenaar een rechtspersoon is, dan kan insolventiefraude leiden tot bestuurdersaansprakelijkheid en mogelijk ook tot een aangifte tegen de bestuurder van die rechtspersoon.

In dit hoofdstuk is de aansprakelijkheid van de schuldenaar of de bestuurder aan de orde gekomen in civielrechtelijke-, bestuursrechtelijke- en strafrechtelijke zin. De aansprakelijkheid kan optreden indien sprake is van (strafrechtelijke) insolventiefraude of van kennelijk onbehoorlijk bestuur, dat een belangrijke oorzaak van het faillissement is. In beide gevallen zullen deze handelingen hebben plaatsgevonden voordat het faillissement wordt uitgesproken. De curator moet, nadat hij is aangesteld, daarnaar onderzoek verrichten.

¹⁶⁶ HR 13 september 1988, NJ 1989, 454.

¹⁶⁷ HR 22 juni 1931, NJ 1931, p. 1602 m.nt. WP.

¹⁶⁸ HR 1 oktober 1985, NJ 1986, 405 en HR 1 oktober 1985, NJ 1986, 406, beide m.nt. ThWvW.

¹⁶⁹ HR 2 oktober 1979, NJ 1980, 243 m.nt. GEM.

¹⁷⁰ HR 8 maart 1988, NJ 1988, 795.

¹⁷¹ HR 1 oktober 1985, NJ 1986, 405 en NJ 1986, 406.

¹⁷² Zie bijv. HR 26 juni 1979, NJ 1979, 567; HR 2 oktober 1979, NJ 1980, 243.

¹⁷³ HR 20 januari 1981, NJ 1981, 339; HR 26 januari 1982, NJ 1982, 353 m.nt. ThWvV.

Insolventiefraude. Deze fraude in strafrechtelijke zin omvat een beperkt aantal delicten waarin opzet of voorwaardelijk opzet als een essentieel bestanddeel voor strafbaarheid zijn opgenomen. De strafrechtelijke faillissementsdelicten komen voor titel XXVI Boek 2 Sr. In artikel 4.2.14 Voorontwerp is de plicht die rust op de bewindvoerder rust, om de rechter-commissaris hierover te informeren, tot deze delicten beperkt. Er zijn ook delicten in andere titels van Boek 2 Sr die als insolventiefraude kunnen worden gekwalificeerd, zoals het weigeren inlichtingen te geven of het geven van onjuiste of onvolledige inlichtingen (artikel 194 Sr in titel VIII Boek 2 Sr). Er is een samenhang tussen strafrechtelijke en civielrechtelijke insolventiefraude, omdat er feitelijk geen discrepantie bestaat tussen bedrieglijke bankbreuk (artikel 344 Sr) en de faillissementspauliana (artikel 42 Fw). Er bestaat eveneens samenhang tussen civielrechtelijke en bestuursrechtelijk bestuurdersaansprakelijkheid die ook op dezelfde grondslag zijn gestoeld.

Redelijke termijn. De curator in een bestuurders aansprakelijkheidsprocedure op grond van artikel 2: 138/2:248 BW en de Ontvanger op grond van artikel 36 IW zijn gebonden aan de redelijke termijn van artikel 6 EVRM. Indien dat niet gebeurt, dan kan dit reden zijn voor matiging van schade of afzien van heffing van rente over het bij de gedaagde in te vorderen bedrag. Indien gedaagde als gevolg van vertraagde afhandeling in een ongunstiger processuele of bewijsspositie is komen te verkeren of materiele schade heeft geleden dan kan aansprakelijkheidstelling niet meer mogelijk zijn. Nu dit geldt voor de belastingdienst is er geen reden dat voor de curator anders te laten zijn.

Onderzoek. De bewindvoerder doet onderzoek naar mogelijk strafrechtelijke aansprakelijkheid. Dit maakt de bewindvoerder echter nog niet tot opsporingsfunctionaris. Het begrip opsporing door functionarissen duidt op het onderzoek door speciaal daartoe aangewezen personen, die geen rechter zijn, ter opheldering van een vermoedelijk strafbaar feit en ter voorbereiding van een ter zake daarvan op te leggen strafrechtelijke sanctie.

De curator beschikt over voldoende mogelijkheden om de schuldenaar, haar bestuurder of een andere derde te dwingen hem informatie te geven om onderzoek te verrichten. Er bestaat op zich ook geen enkel bezwaar tegen wanneer de curator deze dwangmiddelen gebruikt. De curator moet er wel op bedacht zijn dat de informatie, afhankelijk van de wijze waarop de informatie of mogelijk de bekentenis van de (verdachte) schuldenaar of bestuurder is verkregen, niet kan worden gebruikt in een strafproces. Een al te enthousiaste curator kan de officier van justitie die tot vervolging wil overgaan onherstelbaar in de wielen rijden.

Het 'gewone' onderzoek door de curator is te vergelijken met het onderzoek op last van de OK. Beide onderzoeken zijn weliswaar verschillend maar leiden tot opening van de gang van zaken binnen de onderneming en vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor het beleid waardoor het fout is gegaan.

Door of gedurende deze onderzoeken worden echter geen burgerlijke rechten of verplichtingen vastgesteld. Indien vervolgens tot aansprakelijkheidstelling voor de geleden schade of 'het tekort in de boedel', wordt overgegaan is dit een nieuwe procedure waarop artikel 6 EVRM van toepassing is.

Aangifte. Algemeen wordt aangenomen dat de curator aangifte moet doen van strafrechtelijke insolventiefraude. Dit kan hem soms helpen om goederen in de boedel terug te krijgen. Indien de curator een redelijk vermoeden van een strafbaar feit heeft moet hij de strafrechtelijke waarborgen voor de schuldenaar of bestuurder, bijvoorbeeld het geven van een de cautie, in acht nemen.

HOOFDSTUK 6

Artikel 1 Eerste Protocol EVRM: de bescherming van eigendom

1. Iedere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op het ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht.
2. De voorgaande bepalingen tasten echter op geen enkele wijze het recht aan, dat een Staat heeft om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren.¹

6.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt het Voorontwerp tot uitgangspunt genomen. De bepaling in de Grondwet die met artikel 1 EP overeenstemt is artikel 14 Gw. Hoewel de tekst van dit artikel geen bepaling bevat die strekt tot bescherming van het eigendomsrecht, heeft de grondwetgever dit hier wel verondersteld. Het grondrecht van artikel 14 Gw is het recht op schadeloosstelling bij onteigening en tegemoetkoming in de schade bij beperkingen in de uitoefening van het eigendomsrecht. In de huidige tekst is de betekenis van het eigendomsrecht ook tot uitdrukking gebracht.² Het eigendomsrecht is expliciet erkend in artikel 5:1 BW. In de UVRM gaat het om artikel 17 UVRM. In het IVBPR en het IVESC is het recht op bescherming van het eigendom niet opgenomen. Hieraan lag ten grondslag de onmogelijkheid om overeenstemming te bereiken over de formulering van een dergelijk recht, over de rol van het nationale recht, de formulering van de mogelijke beperkingen en het eventueel bestaan van een recht op compensatie.³ In het EVRM is de bepaling opgenomen in een protocol en niet in de tekst van het EVRM zelf. Dit komt door het veto van het Verenigd Koninkrijk tegen opname.⁴ Het eerste protocol is inmiddels wel in de Engelse wetgeving opgenomen in Schedule 1 bij de Human Rights Act 1998. Hoewel opgenomen in een protocol moet dit artikel geacht worden deel uit te maken van het EVRM zelf. Artikel 1 EP EVRM werd aanvankelijk omschreven als een burgerlijk en politiek recht, maar is in toenemende mate geëvolueerd naar een puur economisch grondrecht of minstens naar een recht met een gemengd karakter, waaronder ook sociale aspecten vallen, zonder dat men de bepaling zelf als een sociaal grond-

¹ Trb. 1990, 156.

² Kamerstukken II 1979/77, 13872, nr. 7, p. 39-40.

³ Vande Lanotte-Haack II, p. 301.

⁴ Travaux Préparatoires, Vol. VII, p. 138.

recht kan betitelen.⁵ Over de vraag of het daadwerkelijk als een ‘grond’recht moet worden aangeduid wordt overigens verschillend gedacht.⁶

In artikel 1 EP EVRM zijn drie afzonderlijke hoofdregels te onderscheiden:

- Het beginsel van ongestoord eigendomsgeenot (eerste zin lid 1);
- Bescherming tegen ontneming van eigendom (tweede zin lid 1);
- De mogelijkheid van regulering van eigendom (lid 2).

Indien sprake is van een vermeende inmenging in het eigendomsrecht kijkt het EHRM eerst of er sprake is van de tweede of de derde regel.⁷ Is er geen sprake van onteigening of reglementering, dan komt de algemene regel aan bod.⁸ Hierbij wordt opgemerkt dat de regels naar elkaar groeien. Het Hof komt dan tot het oordeel dat sprake is van onevenredige inmenging van het eigendomsrecht, zonder de inmenging zelfstandig te kwalificeren als een onteigening of een reglementering. De basisregel krijgt daarmee een algemene rol bij de interpretatie van de aanvaardbaarheid van een vorm van onteigening of eigendomsreglementering.⁹ In het algemeen is elke ontneming van eigendom een inbreuk op artikel 1 EP EVRM, ook indien aan de drie regels wordt voldaan, maar het Hof kijkt ook of, en zo ja op welke wijze, het slachtoffer schadeloos wordt gesteld.¹⁰ Hieruit volgt dat het (gebruik van) eigendom mag worden gereguleerd, maar niet zonder vergoeding en een redelijk evenwicht tussen de aantasting van het recht en het doel dat met de ontnemingsmaatregel is beoogd.¹¹ ‘Eigendom’ (‘possessions’ en ‘biens’) is een ruim begrip.¹² In de rechtspraak van het EHRM komt deze eigendomsbescherming in vele hoedanigheden tot ons: als bescherming van contractuele aanspraken, materiele en immateriële activa, maatregelen in het kader van ruimtelijke ordening en stedenbouw,¹³ bij de inbeslagname en verbeurdverklaring van roerende en onroerende zaken,¹⁴ een klantenkring en goodwill,¹⁵ maar

⁵ Vande Lanotte-Haack II, p. 307.

⁶ Van Dijk-Van Hoof 1982, p. 392.

⁷ EHRM 23 september 1982, no. 7151/75 e.a. (Sporrong en Lönnroth v. Zweden), par. 61.

⁸ (Sporrong en Lönnroth v. Zweden), par. 65; Barkhuysen-Van Emmerik-Ploeger 2005, p. 52.

⁹ Vande Lanotte-Haack II, p. 309.

¹⁰ ECRM 18 oktober 1985, no. 10825/84 (R. en W. Howard v. Verenigd Koninkrijk).

¹¹ EHRM 9 september 1994, no. 13092/87 (Holy Monasteries v. Griekenland) par. 70 en 71, NJ 1996, 374, m.nt. EAA.

¹² Het woord ‘eigendom’ in de Nederlandse vertaling van de verdragstekst kan verkeerde conclusies leiden, hoewel ook het EHRM zelf de term ‘property’ gebruikt indien zij spreekt over ‘possessions’ en ‘biens’. Zie EHRM 13 juni 1979 no. 6833/74 (Marckx v. België), NJ 1980, 462 m.nt. EEA, par. 63: ‘By recognising that everyone has the right to the peaceful enjoyment of his possessions, Article 1 is in substance guaranteeing the right of property.’

¹³ (Sporrong en Lönnroth v. Zweden), par. 63.

¹⁴ EHRM 7 december 1976, no. 5493/72 (Handyside v. Verenigd Koninkrijk), par. 62-63.

¹⁵ EHRM 26 juni 1986, no. 8543/79 e.a. (Van Marle v. Nederland), NJ 1987, 581, m.nt. EAA, par 41: ‘by dint of their own work, the applicants had built up a clientele; this had

ook bij een vordering uit onrechtmatige daad,¹⁶ alsmede bij het intrekken van licenties, vergunningen en/of het opleggen van quota.¹⁷ De bescherming van eigendom van het EVRM omvat meer dan eigendom in de technische betekenis van artikel 5:1 BW. Het eigendomsbegrip van artikel 1 heeft een autonome inhoud:

‘The Court recalls that the notion of ‘possessions’ (in French ‘biens’) in article 1 Protocol No. 1 has an autonomous meaning which is certainly not limited to ownership of physical goods: certain other rights and interest constituting assets can also be regarded as ‘property rights’, and thus ‘possessions’, for the purpose of this provision’.¹⁸

Door het gebruik van de termen ‘possessions’ en ‘property’ vallen hieronder alle privaatrechtelijke aanspraken die bij het begrip ‘goed’ van artikel 3:1 BW kunnen worden ondergebracht.¹⁹ Het Hof breidt het eigendomsbegrip uit tot ‘certain other rights and interest constituting assets’. Uit het begrip ‘asset’ blijkt dat voor bescherming noodzakelijk is dat het recht een vermogenswaarde vertegenwoordigt.²⁰

Het faillissement lijkt een inbreuk op eigendomsrechten bij uitstek, zowel voor de schuldenaar als de schuldeisers. Het vermogen van de schuldenaar wordt uitgewonnen en de schuldeisers kunnen hun vorderingen niet meer verhalen of moeten anderen voorlaten. De boedel omvat alle goederen van de schuldenaar alsmede hetgeen hij ten tijde van het faillissement verkrijgt (artikel 20 Fw). De ECRM ziet het faillissement echter niet als een inbreuk op het eigendomsrecht van de schuldenaar, maar slechts als een tijdelijke maatregel, waarbij de schuldenaar het beheer over zijn eigendommen moet overlaten aan de bewindvoerder, hetgeen kan worden aangemerkt als een maatregel in overeenstemming met het algemeen belang.

in many respects the nature of a private right and constituted an asset and, hence, a possession within the meaning of Article 1.’

¹⁶ EHRM 20 november 1995, no. (Pressos Compania Naveira SA e.a. v. België), NJ 1996, 593, m.nt. EJD.

¹⁷ EHRM 4 oktober 1990, no. 12633 (Smith Kline en French Laboratorium Ltd. v. Nederland) (toekennen van een dwingende licentie voor de exploitatie van een octrooi aan de houder van dat octrooi); EHRM 7 juli 1989 no. 18773/84 (Tre Traktörer Aktiebolag v. Zweden), par. 54-55 (intrekken alcohollicentie); EHRM 18 februari 1991, no. 12033/86 (Fredin (no. 1) v. Zweden), par. 47. (vergunning voor zandwinning); EHRM 20 april 1999, no. 33099/96 (Hoerner Bank v. Duitsland) (afhandeling nalatenschappen); ECRM 1 juli 1993, no. 14570/89 (Procola e.a v. Luxemburg) (opleggen van melkquota); ECRM 21 oktober 1998, no. 33298/96 (Pinnacle Meat Processors Company en 8 anderen v. Verenigd Koninkrijk) (wettelijke beperkingen opgelegd in het kader van de strijd tegen B.S.E.); EHRM 26 september 2000, no. 37660/97 (Denimark Ltd. e.a. v. Verenigd Koninkrijk) (wettelijk verbod op (hand)vuurwapens).

¹⁸ EHRM 23 februari 1995, no. 15375/89 (Gasus Dossier und Fördertechnik v. Nederland), par. 53.

¹⁹ Pitlo/Reehuis/Heisterkamp (goederenrecht) 1994, p. 278.

²⁰ H.D. Ploeger, ‘Eigendom in het licht van het EVRM’, WPNR 00/6419, p. 687-695.

‘Lastly, the applicant complains that he is deprived of the peaceful enjoyment of his possessions in violation of Article 1 of the First Protocol. The bankrupt is certainly denied the right to administer his possessions. This is a safeguard against fraudulent conversion, concealment of assets and other manoeuvres so long as the bankruptcy continues. The administrator consults the bankrupt. He is not deprived of his possessions, but only, temporarily, of the right to administer them in person. This procedure, which is of early origin and is common to numerous member states, constitutes a lawful control of the use of property in accordance with the general interest within the meaning of Article 1, paragraph 2, of the First Protocol.’²¹

Toch komt artikel 1 EP in faillissementsprocedures vele malen aan de orde. Er bestaat een nauw verband tussen artikel 1 EP en artikel 6 EVRM, omdat het eigendomsrecht meestal ook kwalificeert als een naar nationaal recht erkend burgerlijk recht.²² Dit geldt ook ten aanzien van artikel 13 EVRM (het recht op een effectief nationaal rechtsmiddel bij – vermeende – schendingen van het EVRM). Bij geschillen over eigendomsrechten moet zijn voorzien in een adequaat systeem van nationale rechtsbescherming.²³ Dit verplicht de staat overigens niet op te treden in zuiver contractuele verhoudingen die de betrokken partijen onderling moeten regelen.²⁴

In de insolventieprocedure gaat het niet alleen om de eigendomsrechten van de schuldenaar, maar ook om de rechten van schuldeisers of derden, die, hoewel zij niet zelf insolvent zijn verklaard, door de insolventie van een ander de aanspraken op hun eigendomsrechten (of vorderingsrechten) kunnen verliezen. Zij kunnen ook in de uitoefening daarvan worden belemmerd of zij moeten de uitoefening van die aanspraken overlaten aan de curator. Men kan ook denken aan leveranciers die hun opschortingsrechten niet meer kunnen uitoefenen of aan de rechten van de eigenaar van bodemgoederen, indien de ontvanger gebruik maakt van het bodemvoorrecht, maar ook aan de positie van zekerheidsgerechtigden, leveranciers onder eigendomsvoorbehoud, aandeelhouders en houders van andere persoonlijke rechten. Zo ontnemt het faillissement of de schuldsaneringsregeling de eigendomsaanspraken aan menig schuldenaar, zonder enige, of slechts met een beperkte, vergoeding.

Niet elke stoornis van een eigendomsrecht is steeds een schending van artikel 1 EP. Dit hangt af van de vraag of de stoornis gerechtvaardigd is. De toets om dit te bepalen bestaat steeds uit drie stappen: de legitimiteit van de stoornis (‘law-

²¹ ECRM 10 maart 1981, no. 8988/80 (X. v. België).

²² EHRM 6 december 2001, no. 41727/98 (Yagtzilar e.a. v. Griekenland): onteigening van een olijfgaard zonder enige compensatie, welke vordering wegens verjaring niet-ontvankelijk werd verklaard.

²³ Loof 2000, p. 17-28.

²⁴ EHRM 25 april 1996, no. 15573/89 (Gustafsson v. Zweden): de staat is niet verplicht op te treden tegen leveranciers van een restaurant die leveranties hebben stopgezet in het kader van een (op zich) rechtmatige vakbondsactie.

fulness'), het doel ervan en de proportionaliteit tussen doel en middel (is er een 'fair balance'). De bepaling of de stoornis in overeenstemming is met de regels van nationaal recht is een legitimiteittoets die waakt tegen willekeur en die ook voorkomt in artikel 8 EVRM. Om dit te bepalen wordt de nationale autoriteiten een zekere discretionaire bevoegdheid gegeven.²⁵ De maatregel moet een algemeen belang dienen. Lid 1 van artikel 1 EP spreekt over 'the public interest' en in lid 2 over 'the general interest'. Dit leidt niet tot een verschil in betekenis.²⁶ Bij proportionaliteit gaat het om de vraag of de stoornis van de burger in het genot van zijn eigendom evenredig is met het doel waarvoor de stoornis in het leven is geroepen. Er moet sprake zijn van een 'fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights' (een redelijke evenredigheid tussen doel en middelen).²⁷ Artikel 1 EP EVRM heeft rechtstreekse werking.²⁸

6.2 Indeling van dit hoofdstuk

Dit hoofdstuk behandelt de vraag of de belanghebbenden (schuldenaar, schuldeisers en eventueel andere derden) bij de insolventieprocedures aanspraken op hun eigendomsrechten verliezen, of welke inbreuken zij daarop moeten toestaan. Het gaat daarbij om de verhouding tussen de insolventieprocedure en artikel 1 EP EVRM. Hier worden zeven onderwerpen besproken: verhaal, voorrang en voorrechten (6.3); het voorrecht van de belastingdienst (6.4); gebruik, verbruik en vervreemding (6.5); de omvang van de boedel (6.6); de WSNP (6.7); de positie van de aandeelhouder (6.8) en het herstel van de boedel (6.9). Dit hoofdstuk wordt afgesloten met enkele conclusies (6.10).

6.3 Verhaal, voorrang en voorrecht

Voorrang en voorrechten spelen een rol bij het verhaal op de goederen van de schuldenaar. Het betreft hier de onderlinge verhouding tussen de schuldeisers. De schuldenaar staat met zijn gehele vermogen in voor al zijn schulden. Hoofregel is dat een schuldeiser zijn vordering op alle goederen van zijn schuldenaar kan verhalen (artikel 3:276 BW). Schuldeisers hebben onderling een gelijk recht om na de voldoening van de kosten van verhaal, uit de netto-opbrengst van de goederen van hun schuldenaar te worden voldaan. Dit gebeurt naar evenredigheid van ieders vordering, behoudens de door de wet erkende redenen van voorrang (artikel 3:277 lid 1 BW). Dit zijn de hoofdregels van het Nederlandse executierecht. Alle schuldeisers zijn in beginsel gelijk. Slechts de wet kan op dit

²⁵ EHRM 8 juli 1986, no. 9006/80 e.a. (Lithgow v. Verenigd Koninkrijk), par. 122.

²⁶ EHRM 5 januari 2000, no 33202/96 (Beyeler v. Italië), par. 111.

²⁷ EHRM 24 oktober 1986, no. 9118/80 (Agosi v. Verenigd Koninkrijk), par. 48-52; EHRM 19 december 1989, no. 10522/83 e.a. (Mellacher e.a. v. Oostenrijk), par. 48 en (Sporrong en Lönnröth), par. 69.

²⁸ HR 14 april 2000, NJ 2000, 713, m.nt. ARB, AB 2001, 135, m.nt. Van Kampen (Kooren-Maritiem/Staat der Nederlanden).

beginsel uitzondering maken. Niet alle goederen kunnen tot verhaal van de schuldeiser strekken. Dit zijn de goederen die ook buiten bereik van de schuldeisers blijven in geval van faillissement (zie bijv. de artikelen 20, 21 en 21a Fw en de artikelen 447 en 448 Rv). Alleen in de door de wet erkende gevallen heeft de ene schuldeiser voorrang boven een andere. Voorrecht is een uitzondering op het beginsel van de ‘paritas creditorum’. Voorrecht is een persoonlijk recht dat door de wet is verbonden aan een bepaalde schuldvordering. Het geeft de schuldeiser van die vordering het recht zich bij voorrang te verhalen. Voorrechten kunnen rusten op bepaalde goederen (zaken of vermogensrechten) of op alle tot het vermogen behorende goederen (artikel 2:278 lid 2 BW). Pand en hypotheek gaan boven voorrecht, tenzij de wet anders bepaalt (artikel 2:279 BW). Voorrang en voorrechten maken een inbreuk op de (eigendoms)rechten die anderen anderszins zouden hebben gehad en daarmee (mogelijk) een inbreuk op artikel 1 EP EVRM. Er zijn schuldeisers met rechten van voorrang die niet uit de wet maar uit hun feitelijke positie voortvloeien. Zij worden aangeduid als ‘dwangcrediteur’. De positie van deze groep schuldeisers wordt in de wet, met name tijdens de afkoelingsperiode, beperkt (artikel 304 Fw). Schuldeiser en schuldenaar kunnen niet bij overeenkomst bepalen dat een vordering bevoorrecht is, wel dat een bepaalde vordering achtergesteld is bij andere vorderingen (artikel 3:27 lid 2 BW).²⁹ In enkele gevallen geeft de wet een schuldeiser de bevoegdheid ook op goederen die niet aan zijn schuldenaar toebehoren, verhaal te nemen. Indien deze bevoegdheid contractueel is overeengekomen, kan men denken aan een overeenkomst van borgtocht of een verhaalsrecht op aan een derde toebehorende goederen. De uitdeling geschiedt naar evenredigheid van ieders vordering, maar in de WSNP is bepaald dat zolang vorderingen waaraan voorrang is verbonden niet volledig zijn voldaan, daarop een twee keer zo groot percentage wordt betaald als op concurrente vorderingen (artikel 349 lid 2 Fw). Een soortgelijke bepaling is opgenomen in artikel 6.3.2 Voorontwerp.

Over de wijze waarop het systeem van de voorrechten, dat wel aan kritiek bloot staat, opnieuw kan worden vormgegeven bestaat reeds geruime tijd het wetvoorstel ‘Wijziging van het Burgerlijk Wetboek, de Faillissementswet en enige andere wetten in verband met de bevoorrechtiging van vorderingen en de invoering van de mogelijkheid van een vereenvoudigde afwikkeling van faillissement’.³⁰ Voorgesteld wordt om de artikelen 3:279 tot en met 3:281 BW te laten vervallen en de afdelingen 3.10.2 en 10.3 BW te vervangen door een nieuwe afdeling 3.10.2 waarin alle voorrechten (ook de buiten het Burgerlijk Wetboek geregelde voorrechten) worden vastgelegd en worden geplaatst in hun onderlinge rangorde (in artikel 3:280 (nieuw) BW). Thans nog geeft artikel 2:280 BW de rangorde tussen bijzondere en algemene voorrechten. Voorrechten op bepaalde goederen

²⁹ Er is verschil tussen de overeenkomsten genoemd in de artikelen 3:276 en 3:277 lid 2 BW. Van belang is te bezien of de schuldeiser zijn integrale verhaalsrecht op de goederen van de schuldenaar behoudt of de hem jegens andere schuldeisers toekomende rang ten opzichte van hen allen of van sommigen hunner verlaagt.

³⁰ Wetsvoorstel 22 942 op 30 november 1992 bij de Tweede Kamer ingediend.

hebben voorrang boven die voorrechten welke op alle tot een vermogen behorende goederen rusten, tenzij de wet anders bepaalt (artikel 3:280 BW). Onderscheiden voorrechten die op hetzelfde bepaalde goed rusten, hebben gelijke rang, tenzij de wet anders bepaalt (artikel 281 lid 1 BW). De voorrechten op alle goederen worden uitgeoefend in de volgorde waarin de wet hen plaatst (artikel 3:281 lid 2 BW). Het Burgerlijk Wetboek regelt vervolgens een breed scala aan voorrechten in de artikelen 3:282 tot en met 3:288 BW. Voorrechten zijn deels in afzonderlijke wetten opgenomen.³¹ De kritiek op dit wetsvoorstel (22 942) heeft er (mede) toe geleid dat de voortgang in de parlementaire behandeling sinds het Eindverslag in de Tweede Kamer stilligt.³² De MDW-werkgroep kwam reeds met de aanbeveling de behandeling van het wetsvoorstel met spoed voort te zetten, doch vooralsnog heeft dat niet plaatsgevonden.

Overigens pleitte dezelfde werkgroep ervoor om het bodem(voor)recht van de fiscus af te schaffen.³³ Ook de Commissie Insolventierecht laat dit geluid horen. Over de versterking van de positie van de concurrente schuldeisers zegt de Commissie Insolventierecht:

‘(...) Er is geen werkelijk overtuigende grond aanwezig voor de thans bestaande veelheid aan preferenties, waaronder ook het voorrecht (en bodemrecht) van de fiscus. De commissie is voorstander van het afschaffen van bestaande preferenties van schuldeisers en van het niet toelaten van nieuwe preferenties. Het terugdringen van het aantal preferenties, waaronder die van de fiscus, past bij recente ontwikkelingen in andere Europese landen, zoals Denemarken, Duitsland en Engeland.’³⁴

6.4 Het voorrecht van de Belastingdienst

Het gaat hier met name om de positie (het voorrecht) van de Belastingdienst als schuldeiser. Op grond van artikel 20 Invorderingswet 1990 (‘IW’) heeft ’s Rijks schatkist een voorrecht op alle goederen van de belastingsschuldige (artikel 20 lid 1 IW).³⁵ Het voorrecht gaat boven alle andere voorrechten met uitzondering van de voorrechten van de artikelen 3:287 lid 1 BW op een WA-verzekeringsuitkering en artikel 3:288 onder a BW ter zake van de kosten van de faillissementsaanvraag (de aanvraag tot insolventie), alsmede die van artikel 3:284 BW ter zake van de kosten tot behoud van een zaak, voor zover de kosten zijn gemaakt na de dagtekening van het aanslagbiljet en de overige bijzondere voorrechten van dat artikel. Hoewel dit niet uit artikel 21 IW blijkt, gaan ook

³¹ Zoals in artikel 138 lid 3 Waterschapswet en artikel 25 lid 3 Wegenwet. Een overzicht is opgenomen in de Losbl. Fw, bijlage V.

³² Kamerstukken II 1993/94, 22 943, nr. 9.

³³ Eindrapport MDW-werkgroep van oktober 2001, p. 9 onder nr. 20 en op p. 36-39.

³⁴ Toelichting voorontwerp, no. 16.

³⁵ Een aspect van het voorrecht is dat het is verbonden aan bepaalde vorderingen en niet aan een bepaalde hoedanigheid van de schuldeiser. Hier wordt het voorrecht gegeven aan ’s Rijks schatkist. Volgens wetsvoorstel 22.942 geldt echter ook dat het voorrecht is verbonden aan bepaalde fiscale vorderingen (artikel 3:280 lid 5 (nieuw BW)).

bepaalde scheeps- en luchtvaartuig voorrechten, geregeld in Boek 8 BW, vóór op het fiscale voorrecht. Het voorrecht gaat tevens boven pand, voor zover het pandrecht rust op een zaak als is bedoeld in artikel 22 lid 3 IW en dat zich op de bodem van de belastingschuldige bevindt en tegen inbeslagneming waarvan derden zich op die grond niet bij de burgerlijke rechter kunnen verzetten (artikel 22 lid 2 IW). Het behoudt deze rang in geval van faillissement of toepassing van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen, van de belastingschuldige, ongeacht of tevoren inbeslagneming heeft plaatsgevonden (artikel 20 lid 2 IW). Artikel 20 lid 1 IW betreft het algemene voorrecht van de ontvanger en artikel 20 lid 2 IW het bodemvoorrecht of bodemrecht, dat na de insolventverklaring door het bodembeslag wordt verkregen en dat rust op zaken van anderen dan de schuldenaar.

Het bodemrecht stamt reeds uit de Invorderingswet 1845 (artikel 16 lid 3) en is in nagenoeg ongewijzigde vorm overgenomen in de Invorderingswet 1990. Het is een recht met een hybride karakter. Enerzijds is het een regel van materieel recht, anderzijds is het een regel van procesrecht. Het fiscale voorrecht is het voorrecht verbonden aan (vrijwel alle) belastingen en premies.³⁶ Uit artikel 1 lid 2 letter a en artikel 6 IW blijkt dat het voorrecht zich ook uitstrekt tot met de belastingschuld samenhangende heffingen, zoals: heffingsrente, bestuurlijke boeten,³⁷ provinciale opcenten, betalingskorting, invorderingsrente en kosten van invordering. Het voorrecht geldt ook voor provinciale belastingen en waterschapslasten, nu de heffing en de invordering van provinciale belastingen waterschapslasten geschiedt met toepassing van de Algemene wet inzake rijksbelastingen, de Invorderingswet 1990 en de Kostenwet invordering rijksbelastingen als waren die belastingen rijksbelastingen (artikel 123 Waterschapswet en artikel 227a Provinciewet). Dit is voor gemeentebelastingen anders; bij de invordering van gemeentelijke belastingen blijven de artikelen 20 en 21 Invorderingswet 1990 buiten toepassing (artikel 249 Gemeentewet).

6.4.1 Bodemvoorrecht, bestuurlijke boete en artikel 6 EVRM

Het bodemvoorrecht geldt niet (mede) voor ‘verhogingen’, wegens het niet (tijdig) voldoen van de belasting die op aangifte had moeten worden afgedragen (verzuimboete). De genoemde verhogingen zijn een strafvervolgning in de zin van artikel 6 EVRM. Dit brengt met zich mee dat die verhogingen niet kunnen worden verhaald op een derde die ter zake van het feit waarop de verhoging

³⁶ HR 23 april 1954, NJ 1955, 3, dat nog spreekt over het CWI (voorheen het UWV) en over de premies werknemersverzekeringen verbonden aan (het inmiddels vervallen) artikel 16 CSV. Zie hiervoor hoofdstuk 5.

³⁷ Het strafkarakter van de (persoonsgebonden) bestuurlijke boete staat er wel aan in de weg dat die straf via het bodemvoorrecht wordt verhaald op het vermogen van een derde, tenzij wordt aangetoond dat de derde betrokken is bij het belopen van de boete. Hof Den Bosch 3 juli 2001, V-N 2001/48.17; HR 28 november 2003, V-N 2003/63.17, NJ 2004, 81 (Kovert), m.nt PvS; Kamerstukken I, V-N 2003/63.17.

betrekking heeft, geen enkel verwijt treft en dat zou wel gebeuren indien het pandrecht zou moeten wijken voor het bodemvoorrecht.³⁸

6.4.2 Bodemvoorrecht en artikel 8 EVRM

Het bodembeslag kan een rol spelen bij privépersonen, wanneer dit beslag wordt gelegd op de roerende zaken in de gezamenlijke woning waarin gehuwden of geregistreerde partners en hun kinderen wonen. Dit lijkt een inmenging in het privé- en gezinsleven dat wordt gewaarborgd in artikel 8 lid 1 EVRM. Indien het bodembeslag wordt gelegd ter zake van belastingschulden van (bijv.) de man op inboedel goederen waarvan de vrouw eigenaresse is, terwijl de echtgenoten buiten gemeenschap van goederen zijn gehuwd, zijn dit beslag en de verkoop van deze inboedelgoederen toch mogelijk. De Hoge Raad heeft dit niet in strijd met artikel 8 EVRM geoordeeld.³⁹

Het voorrecht rust dus niet alleen op alle goederen van de schuldenaar, maar ook op de zogenoemde ‘bodempzaken’, indien derden zich tegen inbeslagneming daarvan niet kunnen verzetten. Dit wordt aangeduid als het bodemvoorrecht, dat geen afzonderlijk voorrecht is, maar, dat naast het fiscale voorrecht daarvan wel deel uitmaakt. Materieelrechtelijk is er sprake van een bijzonder verhaalsrecht op niet aan de schuldenaar in eigendom toebehorende vermogensbestanddelen. Het bodemrecht ontstaat door middel van beslaglegging. Het kan worden vergeleken met het onder het oude recht bestaande voorrecht van de verhuurder ex artikel 1186 (O)BW. In dat artikel was ‘het voorrecht gevestigd op bepaalde goederen’ uit het oud Franse recht, overgenomen voorrecht op de ‘invecta et illata’ ex artikel 1185, ten tweede (O)BW uitgewerkt. Omdat ingevolge artikel 33 Fw (artikel 3.6.1 Voorontwerp) een insolventie de gelegde beslagen doet vervallen, vervalt hierdoor ook het bodembeslag en wijkt dit voor het gehele boedel omvattende insolventiebeslag. Niet alle goederen die zich op de bodem van de schuldenaar bevinden, en die aan een derde toebehoren, worden door het bodemvoorrecht getroffen. Het bodemrecht ontziet de reële eigendom (artikel 22 § 4 lid 5 Leidraad Invordering). Op grond van deze bepaling wordt het bodembeslag weer opgeheven indien het door een derde ingeroepen eigendomsrecht als reëel eigendom wordt aangemerkt. Voor zover het bodembeslag rust op niet tot de boedel behorende ‘niet reële’ eigendommen van derden heeft het faillissement geen gevolg. Het bodembeslag blijft op deze zaken van derden liggen en

³⁸ Zie voor de verhouding tussen bodemvoorrecht van de fiscus voor afdrachtbelastingen en de rechten van de stille pandhouder 26 juni 1998, NJ 1998, 745 (De ontvanger kan zich tegenover de pandhouder nog op zijn bodemvoorrecht beroepen indien de aanslag pas na verkoop (en afvoer) van de bodemgoederen is opgelegd. Het bodemvoorrecht ontstaat bij het ontstaan van de materiële belastingschuld en niet pas bij het opleggen van de aanslag) en HR 28 november 2003, JOR 2004, 30, m.nt. N.E.D. Faber en NJ 2004, 81, m.nt. PvS: De ontvanger kan zich echter niet op zijn bodemvoorrecht beroepen indien dit tot gevolg zou hebben dat de verhoging van de aanslag, in de zin van artikel 6 EVRM, ten laste van een derde zou komen.

³⁹ HR 22 april 1994, NJ 1994, 560 m.nt. EAA.

de ontvanger kan tot executoriale verkoop daarvan overgaan, als ware hij separatist. Desgewenst kan de ontvanger nog tijdens het faillissement bodembeslag op dergelijke zaken leggen.⁴⁰

In de algemene toelichting op het Voorontwerp geeft de Commissie Insolventierecht aan dat uit het systeem van het Voorontwerp volgt dat de fiscale preferenties zijn onderworpen aan de 2:1 verhouding bij uitdelingen. Het bodemrecht van artikel 22 lid 3 IW valt buiten deze uitdelingsregel, aangezien dat een verhaalsrecht betreft op zaken van anderen dan de schuldenaar. De afwikkeling van het bodemrecht gaat daarom in beginsel buiten de boedel om.

6.4.3 Bodemvoorrecht en artikel 1 EP EVRM

De relatie tussen het bodemvoorrecht en artikel 1 EP kwam aan de orde in de zaak waarin de ontvanger bodembeslag had gelegd op een op het moment van beslaglegging nog niet geïnstalleerde betonmixer, die een Duitse fabrikant (Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH) had geleverd aan een Nederlandse ondernemer (Atlas Junior Beton). Deze ondernemer werd daarna in staat van faillissement verklaard.⁴¹ Ingevolge een gemaakt eigendomsvoorbehoud behoorde de betonmixer nog aan Gasus toe. De ontvanger oefende zijn rechten uit en Gasus bleef met lege handen achter. In deze zaak was artikel 16 lid 3 Invorderingswet 1845 nog van toepassing, dat bepaalt dat derden, behoudens een enkele uitzondering, nimmer verzet in rechte kunnen doen tegen de inbeslagneming ter zake van belastingen.

In deze zaak beriep Gasus zich op schending van zowel artikel 6 EVRM als artikel 1 EP EVRM. Het beroep op artikel 6 EVRM hield ten eerste in dat Gasus geen toegang had tot een rechterlijke instantie en ten tweede dat deze rechtsgang onvoldoende was gewaarborgd. De Hoge Raad oordeelde dat artikel 16 lid 3 Invorderingswet 1845 (thans artikel 22 lid 3 IW) weliswaar niet geheel duidelijk was, omdat daaruit zou kunnen worden opgemaakt dat de derde niet (of nimmer de) mogelijkheid heeft zich voor de burgerlijke rechter te verzetten, maar de Hoge Raad had reeds in een eerdere uitspraak geoordeeld dat die mogelijkheid immer bestaat.⁴² Dat een derde geen verzet in rechte kan doen houdt niet in dat hij de beslissing van de Directeur der directe belastingen, niet in een beroep-

⁴⁰ Los bl. Fw Fisc. Comm. 13.17; Boekraad 1997, p. 233 e.v.; A. van Eijdsden, 'Voorrecht, bodemrecht en bodemvoorrecht' en S.C.J.J. Kortmann, 'Fiscaal Privilege, bodemrecht en bodemvoorrecht: recht of onrecht?', Bijdragen aan Insolad jaarboek 2000, 'Faillissement en Fiscus'.

⁴¹ HR 13 januari 1989, NJ 1990, 211, m.nt. EAA; Zie over arrest ook P.J. Wattel, WFR 5867 (1989), p. 565 e.v.; BNB 1989, 129, m.nt. Hofstra en HR 26 mei 1989 NJ 1990, 13, m.nt. WHH.

⁴² HR 9 januari 1981, NJ 1981, 656, m.nt. F.H.J.M.

schrift aan de burgerlijke rechter kan voorleggen.⁴³ Een derde die door het bodembeslag is getroffen heeft daarmee twee mogelijkheden om hiertegen op te komen. Ten eerste kan de derde ingevolge artikel 16 lid 1 IW zijn bezwaren tegen de uitwinning voorleggen aan de Directeur der directe belastingen. De Directeur toetst het beroepsschrift aan het geldende beleid en de gangbare interpretatie van de Ontvanger van de wettelijke regeling. Bij de beoordeling van het bezwaar dient voor overwegingen van billijkheid en eisen van goed beleid een grote plaats te worden ingeruimd.⁴⁴ De Directeur maakt echter deel uit van de Belastingdienst en is daardoor niet onafhankelijk. Tegen een negatieve beslissing van de Directeur staat geen beroep open. Deze weg voldoet daarmee niet aan artikel 6 EVRM. Ten tweede kan de derde bij de burgerlijke rechter in verzet komen en vragen de beslissing van de Ontvanger en van de Directeur via het vertrouwens- en gelijkheidsbeginsel te toetsen aan de beleidsregels gepubliceerd in de Leidraad Invordering om vast te stellen of hun handelen niet in strijd met algemene beginselen van behoorlijk bestuur of het plegen van een onrechtmatige daad komen. Deze rechter is volledig bevoegd tot een rechtmatigheidscontrole via de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waarbij hij de belastingdienst kan houden aan de eigen beleidsregels.

Daarnaast biedt artikel 435 lid 3 Rv de mogelijkheid om binnen acht dagen na de betekening van het beslag aan de derde, verzet aan te tekenen bij de belastingdeurwaarder. Het gevolg is dat de ontvanger, als hij het beslag via een executoriale verkoop wil vervolgen, eerst de derde moet dagvaarden in een procedure voor de burgerlijke rechter die het beslag ook dan kan toetsen aan de wettelijke regeling en aan de Leidraad Invordering. Als laatste kan ook nog worden gedacht aan de mogelijkheid dat de derde de voorzieningenrechter in kort geding vraagt om een oordeel te geven. Op die gronden heeft een derde ampel recht op behandeling van zijn zaak bij een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie en is er geen strijd met artikel 6 EVRM.

In deze Gasus-zaak was ook de vraag aan de orde of door het bodembeslag artikel 1 EP EVRM was geschonden. De Hoge Raad oordeelde dat er geen schending was omdat artikel 16 IW 1845 (vrijwel letterlijk overgenomen in artikel 22 lid 3 IW) kan worden aangemerkt als een regel die de Staat noodzakelijk oordeelt om de betaling van belastingen te verzekeren.

De Gasus-zaak is uiteindelijk beland bij het EHRM maar ook hier kreeg Gasus ongelijk.⁴⁵ In haar rapport oordeelde de Commissie dat niet geoordeeld kon worden dat de toepassing van het bodemrecht door de ontvanger niet in verhou-

⁴³ Wet van 4 juni 1992, Stb. 422 houdende aanpassing van een aantal wetten aan de eerste tranche van de Algemene wet Bestuursrecht. Met ingang van 1 januari 1994 is 'bezwaarschrift' vervangen door 'beroepsschrift'.

⁴⁴ Leidraad invordering, par. 30 lid 9.

⁴⁵ ECRM 21 oktober 1993, no. 8531/79 (Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH v. Nederland), par. 61-63; NJCB-Bulletin 20-8 (1995), p. 1091, m.nt. R.J. Koopman.

ding stond met de belangen van Gasus. Het bodemrecht was voorzien in de wet en in algemene beginselen van internationaal recht, zoals artikel 1 EP EVRM voorschrijft. Ten aanzien van dit laatste werd verwezen naar de algemene beginselen van internationaal recht, dat buitenlanders (en daarmee ook buitenlandse ondernemingen) beschermt tegen verbeurdverklaring, nationalisatie en onteigening zonder gepaste tegemoetkoming, doch dat deze vorm van ontneming van eigendom daarin niet thuis hoort en het internationale recht tegen deze vorm van eigendomsontneming geen speciale bescherming biedt.⁴⁶ In de afwijkende meningen van een aantal rechters (de stand was 6-6, waardoor de president de doorslag moest geven) klonk wel door dat veel rechters van oordeel waren dat er geen rechtvaardiging in het algemeen belang bestond voor de ontneming van het eigendom van een derde, indien er geen enkele relatie bestond tussen de vordering van de ontvanger en het eigendom van deze derde. Zij oordeelden:

‘Leaving aside the sheer economical interest of filling the treasury, which cannot be meant by that provision (artikel 1, lid 1, tweede zin EP) I can think of no “public interest” which could justify such an expropriation as there exists no link whatsoever between the claims of the Dutch tax authorities and the applicant company’s possessions. I am not aware of any other legislation which would allow the tax authorities to confiscate the property of a third party which happens to be on the premises of a tax debtor.’

In deze afwijkende meningen speelden zeker ook mee: a) de arbitraire wijze waarop de opbrengst van de betonmixer kon worden verdeeld tussen de twee grootste schuldeisers (de ontvanger en de bank) terwijl Gasus, die een zekerheidsrecht op de betonmixer had gevestigd, met lege handen achterbleef. ‘This infringes the general principles underlying the European Convention of Human Rights which are by their nature general principles of international law’ en b) de inbreuk op het internationale handelsverkeer, waarin vormen van eigendomsbescherming nu eenmaal een grote rol spelen en het gebrek aan financiële bescherming tegen inbreuken met een zeker ruïneus karakter. In de ‘dissenting opinions’, spraken de rechters hun verwondering uit over het door de Nederlandse regering opgegeven bedrag dat met de gedwongen verkoop van onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken werd verkregen. Dat was niet meer dan 1 miljoen gulden op een budget van 233 miljard gulden (in 1995), zodat de proportionaliteit van de maatregel, aldus de afwijkende meningen, wel erg twijfelachtig was.⁴⁷

Hoe dit ook zij, het EHRM oordeelde, gelijk de Commissie, dat artikel 1 EP niet was geschonden, voornamelijk omdat het eigendomsrecht van Gasus werd aangetast om de betaling van belastingen te verzekeren, hetgeen nu eenmaal was toegestaan. Dat dit geschiedt door verhaal op goederen van derden doet daaraan

⁴⁶ EHRM 8 juli 1986, no. 9006/80 e.a. (Lithgow e.a. v. Verenigd Koninkrijk), par. 117-119.

⁴⁷ Dissenting opinion van judge Foighel, onderschreven door judges Rosso en Jungwiert, par. 5.

niets af, temeer nu dit ook in een aantal andere landen is toegestaan, waarvan voorbeelden (het voorrecht van de verhuurder in de Belgische en Franse wetgeving) door de Nederlandse regering in haar verweer voor het Hof werden gegeven. Gasus had haar schade kunnen beperken, geen krediet kunnen verlenen, extra zekerheden kunnen vragen of simpelweg kunnen weigeren zaken te doen. De Belastingdienst kan haar wederpartij immers ook niet zelf uitkiezen.⁴⁸ Gezien de eerder geuite bezwaren tegen het bodemrecht is het niet verwonderlijk dat na het Gasus-arrest de stroom van kritiek heeft aangehouden.⁴⁹

6.4.4 Bodemvoorrecht handhaven?

Het nut en de noodzaak, de rechtvaardiging en afkeuring van het bodemvoorrecht hebben de gemoederen lang beziggehouden.⁵⁰ Zo werd wel geroepen: 'het bodemvoorrecht is gelegaliseerde diefstal' en zijn er veel constructies uitgewerkt om het te ontlopen of meer aanvaardbaar te maken.⁵¹ Dit geldt niet alleen voor het bodemvoorrecht in het bijzonder, maar voor het bestaande systeem van de voorrechten in het algemeen.⁵² De Commissie Insolventierecht is van oordeel dat dit bodemrecht dient te worden afgeschaft. Zij staat daarin zeker niet alleen.⁵³ Het vormt een te ernstige inbreuk op rechten van derden, zonder voldoende rechtvaardiging. De werking van het bodem(voor)recht leidt in de praktijk tot situaties die een sterke inbreuk opleveren op het uitgangspunt dat het reorganiserend vermogen van een onderneming dient te worden versterkt. Zeer regelmatig wordt, met succes, door middel van een (bodem)verhuurconstructie of door de bodemzaken te verwijderen, voorkomen dat de fiscus bodembeslag

⁴⁸ EHRM 23 februari 1995, no. 8531/79 (Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH v. Nederland), par. 70, of zoals T.H.D. Struycken stelt in 'Het bodembeslag overleeft het EHRM', Bb 1995, p. 75-75 e.v.: 'dat het erop lijkt dat het EHRM gewoon zegt dat Gasus niet moet zeuren, het is haar eigen schuld. Ondernemen brengt nu eenmaal risico's mee.'

⁴⁹ Zie R.D. Vriesendorp, 'Het bodemrecht van de fiscus krachtens de (nieuwe) Invoeringswet en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens', R.M. Themis 1990, p. 13 e.v.: 'voor de inning van belastingen alleen verhaal op de bezittingen van de belastingsschuldige zelf.'

⁵⁰ E.W.J.H. de Liagre Böhl, 'Het destructieve effect van bodem(voor)recht oude en nieuwe stijl', NJB 1993, p. 193-198 en 'De misbruikgevoeligheid van het bodem(voor)recht-nieuwe stijl', NJB 1994, p. 705-709; A.I.M. van Mierlo, 'De fiscus als schuldeiser tijdens faillissement' (Oratie Rotterdam), 1994; P.A. Stein, Ch.P.A. Geppaart en W.M. Levelt-Overmars, 'Is het wenselijk de huidige positie van bedrijfsverenigingen en werknemers, financiers en leveranciers en de fiscus bij surséance van betaling en faillissement van een onderneming te wijzigen?', Preadviezen NJV deel I, eerste stuk, p. 37 e.v., 102 e.v., resp. 196 e.v.

⁵¹ Zie ook seminar 23 september 1994, 'Wetsvoorstel 22 942: herziening van het bodemrecht', KUB.

⁵² R.D. Vriesendorp, 'Zeker een goed verhaal', in 'Onzekere Zekerheid', Insolad jaarboek 2001, p. 3-11; F. Meeter, TvI 1999, p. 134-135, reactie op de forumbijdrage van R.D. Vriesendorp in TvI 1999/2.

⁵³ Zie advies van de Raad van State van 21 april 1988 n.a.v. wetsvoorstel 20 588 (Invoeringswet 1989) en MvT wetsvoorstel 20 588, Bijl. Hand. TK 1987-1988, nr. 3, p. 9-10.

ten laste van de schuldenaar kan leggen. Zo wordt voorkomen dat het bodemvoorrecht vóór het pandrecht op de bodemzaken gaat. Deze zaken bevinden zich dan immers niet meer op de bodem van de schuldenaar. Dit soort bodemverhuurconstructies zijn aanvaardbaar geacht, maar het gevolg is wel dat de (lopende) onderneming van de schuldenaar van de ene op de andere dag wordt gesloten en het personeel per direct naar huis wordt gestuurd. Vanaf dat moment is de onderneming feitelijk stilgelegd en zijn de reorganisatiekansen substantieel afgenomen, nog voordat een bewindvoerder met zijn taak kan aanvangen. Dergelijke neveneffecten van het bodem(voor)recht maken dit recht tot een onevenredig middel. De Ontvanger heeft op basis van de Invorderingswet 1990, ook zonder het bodem(voor)recht een ruim voldoende arsenaal aan (dwang)invorderingsmiddelen om openstaande belastingvorderingen te incasseren. Hoewel al deze argumenten zeer reëel zijn, lijkt de belastingdienst haar gunstige positie niet te willen opgeven.⁵⁴ Het voorrecht is aangevallen als strijdig met zowel artikel 6, artikel 8 als artikel 1 EP EVRM, maar elke keer overleefde het de strijd, voornamelijk omdat het ongestoord genot van de eigendom steeds ondergeschikt werd geoordeeld aan de wetten die de Staat noodzakelijk oordeelt om de betaling van belastingen te verzekeren (artikel 1 lid 2 EP EVRM). Het voorrecht is daarmee feitelijk onaantastbaar geworden.⁵⁵ Dat in feite onteigening plaatsvindt zonder de in artikel 14 Gw voorziene schadeloosstelling zal steeds afstuiten op artikel 120 Gw.

6.4.5 Horizonbepaling (artikel 70 IW)

Bij de voorbereiding van de Invorderingswet 1990 werd besloten het bodemrecht voorshands ongewijzigd te laten, in afwachting van een algehele herwaardering van het wettelijke preferentiestelsel welke aan de orde zou komen in het kader van de totstandkoming van boek 3 (N)BW. Dit heeft ertoe geleid dat artikel 22 lid 3 IW vervalt één jaar na de inwerkingtreding van het nieuw BW, tenzij voordien een wetsvoorstel houdende een definitieve regeling van het fiscaal bodemrecht bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal is ingediend, danwel een wetsvoorstel houdende een verlenging van de geldigheidsduur van voornoemde bepaling voor een tijd van niet langer dan een jaar. Bij de behandeling van het voorstel dat leidde tot de Invorderingswet 1990 was men nog niet toegekomen aan een deugdelijke evaluatie van het voorrecht en bodemrecht. Er is toen toegezegd dat dat alsnog zou geschieden. In artikel 70 IW is dientengevolge opgenomen dat het bodemrecht vervalt op 1 januari 1993, tenzij voordien een wetsvoorstel is ingediend met een definitieve regeling van het bodemrecht. Teneinde deze termijn te stuiten is nog net op tijd bij de Tweede Kamer wetsvoorstel 22 942 ingediend. Aanvaarding van dit wetsvoorstel zou tot gevolg hebben dat het fiscale voorrecht in rang wordt verlaagd, zodat het in rang gelijk is aan andere algemene voorrechten. Het bodemrecht wordt dan echter uitgebreid, zodat de

⁵⁴ Zie de redelijk felle reactie van A. van Eijnsden, 'De magie van het voorontwerp. Don't miss it!', *TvI* 2008, 32, p. 207.

⁵⁵ HR 9 januari 1981, *NJ* 1981, 656.

ontvanger ook beslag kan leggen op rollend materieel van de belastingschuldige. Zoals gezegd leeft dit wetsontwerp een slapend bestaan.

Toen het eindrapport van de MDW-werkgroep modernisering faillissementsrecht tweede fase aan de Tweede Kamer werd aangeboden schreef de minister van Justitie dat de Vertegenwoordigers van Financiën en Sociale Zaken en Werkgelegenheid hadden verklaard dat zij aanleiding zagen tot aanpassing van dit bijzondere verhaalsrecht.⁵⁶ Omdat eigenlijk iedereen, behalve (nog steeds) het ministerie van Financiën, om verschillende, maar allemaal valabele redenen, het hiermee eens is, zouden we misschien de stap moeten zetten om nu toch echt tot afschaffing van dit voorrecht over te gaan.

6.4.6 Uitwinning van bodembeslag

Indien de ontvanger zijn beslag op het goed van een ander uitwint bestaat er geen verplichting – ook niet op grond van algemene beginselen van behoorlijk bestuur – tot openbare verkoop. De ontvanger is vrij de executie op de voet van artikel 462 lid 2 Rv uit te stellen. Slechts onder bijzondere omstandigheden bestaat er een onderzoeksplicht of waarschuwingsplicht ten opzichte van derden, ook niet indien dit deze derden schade berokkent. Die bijzondere omstandigheden moeten dan worden aangevoerd. Zo bestaat er evenmin een waarschuwingsplicht voor de curator.⁵⁷ De ontvanger kan het aan de curator overlaten de in beslag genomen zaken onderhands te vervreemden.⁵⁸ Toestemming van de derde-eigenaar is niet vereist. Heemskerk zegt in zijn noot dat dit systeem niet op de wet berust en dat wel enige creativiteit nodig is om dit onder het systeem van de wet te brengen. Het systeem vertoont zeker lacunes.

6.4.7 Afkoelingsperiode en bodembeslag

Tijdens de afkoelingsperiode kan op grond van een beslag als bedoeld in artikel 22 lid 3 IW niet tot uitwinning worden overgaan, tenzij de rechter-commissaris anders beslist (de artikelen 63c, 241c Fw en 3.6.5 lid 1 Voorontwerp). Een bodembeslag dat tijdens de afkoelingsperiode wordt gelegd op een zaak die zich op de bodem van de schuldenaar bevindt die niet aan hem toebehoort, kan niet worden tegengeworpen aan de eigenaar van die zaak of, als daarop een pandrecht van een ander rust, aan die ander, indien deze voordat het beslag was gelegd schriftelijk bij de bewindvoerder aanspraak heeft gemaakt op afgifte van de zaak (zie ook artikel 3.6.5 lid 2 Voorontwerp).⁵⁹ Hoewel de Commissie Insol-

⁵⁶ Brief 3 december 2001 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

⁵⁷ Gemeensch. Hof van Justitie v.d. Ned. Antillen en Aruba 9 december 2008, LJN BH6237.

⁵⁸ HR 26 mei 1989, NJ 1990, 131, m.nt. WHH.

⁵⁹ HR 17 oktober 2008, NJ 2009, 92, m.nt. Van Schilfgaarde; JOR 2009, 54, m.nt. Kortmann en Vermunt.

ventierecht voorstander is van de schrapping van het bodemrecht, heeft zij de inhoud van artikel 63c Fw, dat handelt over het bodemrecht en de afkoelingsperiode, nog wel in het Voorontwerp verwerkt. Indien echter gevolg wordt gegeven aan de aanbeveling om het bodem(voor)recht te laten vervallen, kan artikel 3.6.5 eveneens vervallen.

6.5 Gebruik, verbruik en vervreemding

Indien de schuldenaar een onderneming heeft en hij vóór de insolventverklaring de bevoegdheid had tot gebruik, verbruik of vervreemding van goederen, komt deze bevoegdheid tijdens de afkoelingsperiode toe aan de bewindvoerder die de onderneming of een onderdeel daarvan voortzet, voor zover dit past binnen de normale uitoefening van die onderneming. De bewindvoerder maakt hiermee inbreuk op het eigendomsrecht van de eigenaar van deze goederen. De bewindvoerder behoudt deze bevoegdheid, ook indien deze bevoegdheid door of na de insolventverklaring voor de schuldenaar zou eindigen (3.6.4 lid 1 en lid 2 Voorontwerp). De bewindvoerder die van deze bevoegdheid gebruik maakt, betaalt aan degene die daardoor schade lijdt, een, zo nodig door de rechter-commissaris te bepalen, vergoeding, die de benadeelde zoveel mogelijk in de positie brengt waarin hij zou hebben verkeerd indien er geen afkoelingsperiode zou hebben gegolden. Deze vergoeding moet objectief worden vastgesteld. Hiermee is een eventuele strijd met artikel 1 EP EVRM opgeheven. De desbetreffende vordering is een boedelvordering (artikel 3.6.4 lid 3 Voorontwerp). De rechter-commissaris kan bepalen dat de bewindvoerder zekerheid stelt (artikel 3.6.4 lid 4 Voorontwerp) en kan deze bevoegdheid op verzoek van elke belanghebbende of ambtshalve beperken of opheffen. De rechter-commissaris beslist, na de bewindvoerder gehoord te hebben, binnen drie dagen. Zolang de rechter-commissaris niet heeft beslist, maakt de bewindvoerder geen gebruik van de bevoegdheid tot verbruik of vervreemding (artikel 3.6.4 lid 6 Voorontwerp). De bevoegdheden komen slechts aan de bewindvoerder toe indien en voor zover deze de onderneming van de schuldenaar voortzet en zij passen binnen de normale uitoefening van de onderneming (3.6.4 lid 2 Voorontwerp). Het enkele feit dat de schuldenaar insolvent is verklaard, betekent nog niet dat er geen sprake meer is van een normale bedrijfsuitoefening. Pas wanneer de afkoelingsperiode verstreken is of de bewindvoerder de normale bedrijfsuitoefening eerder beëindigt en tot vereffening van (delen van) het vermogen van de schuldenaar overgaat, zal hij niet zonder instemming van de leverancier of zekerheidsgerechtigde mogen handelen.

6.5.1 De afkoelingsperiode

De afkoelingsperiode is in het Voorontwerp de periode vanaf de insolventverklaring. In de faillissementsprocedure kan deze ook op een later tijdstip aanvangen. Gedurende deze periode kunnen derden, met uitzondering van boedel-schuldeisers, hun bevoegdheid tot verhaal op tot de boedel behorende goederen

of tot opeising van goederen die zich in de macht van de schuldenaar of de bewindvoerder bevinden, voor een periode van één maand slechts met toestemming van de bewindvoerder uitoefenen. De rechter-commissaris kan deze periode één of meermalen verlengen, met dien verstande dat de afkoelingsperiode in totaal niet langer dan drie maanden kan duren (artikel 3.6.3 lid 1 Voorontwerp). De afkoelingsperiode is niet van toepassing op vorderingen tot betaling van een geldsom en op goederen, die uit hoofde van een financiële zekerheidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:51 BW zijn verpand (artikel 3.6.3 lid 2 Voorontwerp). De rechter-commissaris kan, zonodig ambtshalve, de werking van de afkoelingsperiode opheffen of beperken (artikel 3.6.3 lid 3 Voorontwerp). Aan de derde die zijn rechten tot verhaal of tot opeising door de afkoelingsperiode niet kan uitoefenen en daardoor onevenredige schade lijdt, komt een, zo nodig door de rechter-commissaris, naar redelijkheid te bepalen vergoeding toe. Dit is in overeenstemming met artikel 1 EP EVRM. De desbetreffende vordering is een boedelvordering (artikel 3.6.3 lid 4 Voorontwerp). Indien een derde ter zake van zijn bevoegdheid een redelijke termijn aan de bewindvoerder stelt, wordt deze termijn geschorst tijdens de afkoelingsperiode (3.6.3 lid 5 Voorontwerp). Tijdens de afkoelingsperiode is de pandhouder van een overeenkomstig artikel 3:239 lid 1 BW verpande vordering, anders dan tot betaling van een geldsom, niet bevoegd aan de schuldenaar van de vordering mededeling van de verpanding te doen (3.6.3 lid 6 Voorontwerp).

Gedurende de afkoelingsperiode wordt beperkingen gesteld aan de bevoegdheid van de wederpartij zijn verbintenis op te schorten of te beëindigen, wegens het niet nakomen door de schuldenaar van een vóór de insolventverklaring ontstane verbintenis tot betaling van een geldsom indien die verbintenis voortvloeit uit een met de schuldenaar aangegane overeenkomst tot het geregeld ter beschikking stellen van goederen of verlenen van diensten, benodigd voor: het voortzetten van een door de schuldenaar gedreven onderneming of voor de eerste levensbehoeften van een natuurlijk persoon.

In het geval dat het een overeenkomst tot het geregeld ter beschikking stellen van goederen of verlenen van diensten, voor de eerste levensbehoeften van een natuurlijk persoon betreft, bestaat de onbevoegdheid tot opzegging gedurende de afkoelingsperiode en kan deze periode voortduren na de afkoelingsperiode (artikel 3.4.2 lid 1 en lid 3 Voorontwerp). Dit is echter niet van toepassing op overeenkomsten tot het verstrekken van krediet (artikel 2.4.2. lid 2 Voorontwerp). Om te voorkomen dat in de overeenkomst bepalingen worden opgenomen dat deze wordt beëindigd op het moment van insolventverklaring bepaalt het Voorontwerp dat indien een overeenkomst op grond van een zodanige bepaling is geëindigd binnen één maand voor het verzoek tot insolventverklaring, de bewindvoerder bevoegd is de overeenkomst alsnog, op gelijke voorwaarden als vóór de beëindiging, te doen voortzetten voor ten hoogste de duur van de afkoelingsperiode (artikel 2.4.2. lid 4 Voorontwerp). Bij algemene maatregel van bestuur kan dit voor bepaalde overeenkomsten worden uitgesloten (artikel 2.4.2.

lid 5 Voorontwerp). De rechter-commissaris kan het bepaalde in artikel 2.4.2 lid 1, lid 3 en lid 4 Voorontwerp op verzoek van de wederpartij buiten toepassing verklaren, indien toepassing daarvan voor haar tot onevenredig nadeel leidt. Dit is dan weer in overeenstemming met artikel 8 EVRM.

6.5.2 Tegeldemaking bij voortzetting van de onderneming

Bij voortzetting van de onderneming van de schuldenaar of een onderdeel daarvan is uitsluitend de bewindvoerder bevoegd tot de tegeldemaking van:

- met pandrecht bezwaarde goederen die zich ten tijde van de insolventverklaring in de macht van de schuldenaar bevinden of die door de bewindvoerder op de voet van artikel 3.6.6 Voorontwerp zijn opgeëist;
- met hypotheek bezwaarde goederen;
- door de schuldenaar onder eigendomsvoorbehoud verkregen zaken die zich ten tijde van de insolventverklaring in de macht van de schuldenaar bevinden of die door de bewindvoerder op de voet van artikel 3.6.6 zijn opgeëist (artikel 3.6.9 lid 1).

De bewindvoerder stelt de pandhouder, hypotheekhouder of eigenaar in kennis van zijn voornemen om tot tegeldemaking over te gaan en van de wijze waarop die zal plaatsvinden. Daarbij kan hij de pandhouder, hypotheekhouder of eigenaar een redelijke termijn stellen waarbinnen deze op de voet van artikel 4.3.5 bij de rechter-commissaris bezwaar kan maken (artikel 3.6.9 lid 3 Voorontwerp). Doet de bewindvoerder afstand van zijn bevoegdheid tot tegeldemaking, dan kan de pandhouder, hypotheekhouder of eigenaar zijn rechten uitoefenen alsof er geen insolventie was (artikel 3.6.9 lid 4 Voorontwerp). De rechter-commissaris kan, zo nodig ambtshalve, de bevoegdheid van de bewindvoerder tot tegeldemaking opheffen of beperken (artikel 3.6.9 lid 5 Voorontwerp).

6.6 Artikel 1 EP EVRM en de omvang van de boedel

Het faillissement omvat het gehele vermogen van de schuldenaar ten tijde van de faillietverklaring, alsmede hetgeen hij gedurende het faillissement verkrijgt (artikel 20 Fw). Het is een uitwerking van artikel 3:276 BW. Wat niet tot het vermogen van de schuldenaar behoort, valt niet in de boedel. Het begrip ‘boedel’ heeft betrekking op de activa en omvat niet tevens de passiva van de schuldenaar (zo ook artikel 295 lid 1 Fw). Het gaat daarbij steeds om vermogensbestanddelen die de schuldenaar verliest en die te gelde kunnen worden gemaakt om zijn schuldeisers te voldoen. Wat met het inkomen en de periodieke uitkeringen, onder welke benaming ook, die de schuldenaar gedurende het faillissement verkrijgt, gebeurt, is verschillend in faillissement en WSNP. In faillissement valt het inkomen geheel in de boedel en keert de curator een deel uit aan de schuldenaar voor zijn levensbehoeften. In de WSNP wordt buiten de boedel gelaten een bedrag gelijk aan de beslagvrije voet zoals bedoeld in artikel 475d Rv en valt het restant in de boedel. De rechter-commissaris kan

op verzoek van de schuldenaar, de bewindvoerder of eventueel ambtshalve dit bedrag met een nominaal bedrag wijzigen of hij kan aan zijn beschikking voorwaarden verbinden. Een verhoging kan ook door de rechter worden vastgesteld in het vonnis van faillietverklaring. Hiermee wordt de omvang bepaald van het actief dat het voorwerp is van de faillissementsprocedure en waarmee de schuldenaar instaat voor de voldoening van zijn schuldeisers.

De huwelijksgemeenschap. Ik beperk mij tot de insolventverklaring van de schuldenaar die in enige gemeenschap van goederen gehuwd is of in enige gemeenschap van goederen een geregistreerd partnerschap is aangegaan. Het gaat om de goederen die in de boedel vallen en dienen om schuldeisers verhaal te bieden. Het faillissement van een in gemeenschap van goederen gehuwde schuldenaar wordt als een faillissement van die gemeenschap behandeld. Het omvat, behoudens de uitzonderingen van artikel 21 en artikel 22 Fw, alle goederen die in de gemeenschap vallen (artikel 63 Fw). De echtgenoot of geregistreerd partner van de schuldenaar neemt alle goederen die hem toebehoren en niet in de gemeenschap vallen, terug (artikel 61 Fw). In de boedel vallen het gemeenschapsvermogen, het privé-vermogen van de schuldenaar, alsmede alle goederen waarvan de echtgenoot niet conform het bepaalde in artikel 61 Fw heeft kunnen bewijzen dat zij aan hem privé in eigendom toebehoren. Het bestuur over deze goederen gaat over op de curator. Ook de echtgenoot of geregistreerd partner van de schuldenaar verliest derhalve het bestuur. Deze echtgenoot of partner geraakt niet zelf in staat van faillissement.⁶⁰ De gehuwde partner kan afzonderlijk in staat van faillissement worden verklaard. Dit kan voor ieder van de echtgenoten worden uitgesproken, wegens schulden waarvoor hij/zij persoonlijk aansprakelijk is; de ‘eigen’ schulden. Dit zijn schulden die hij/zij zelf is aangegaan; de verbintenissen, door de andere echtgenoot aangegaan, ten behoeve van de gewone gang van de huishouding, met inbegrip van die welke voortvloeien uit de door hem als werkgever ten behoeve van de huishouding aangegane arbeidsovereenkomsten (artikel 1: 85 lid 1 BW). Voor de overige schulden, door de ene echtgenoot aangegaan, is de ander niet aansprakelijk, zodat laatstgenoemde daarvoor niet in staat van faillissement kan worden verklaard. De schulden kunnen wel worden verhaald op de goederen van de wettelijke gemeenschap van goederen (artikelen 1: 94 lid 2, 1: 95 en 1: 96 BW).

De overeenkomst van levensverzekering. Het recht op het doen afkopen van een levensverzekering of om de begunstiging te wijzigen valt in de boedel. Door dit recht af te kopen of te wijzigen kan de curator bewerkstelligen dat de uitkering in de boedel valt. Dit is slechts anders indien de begunstigde of verzekeringsnemer (lees: schuldenaar) daardoor onredelijk wordt benadeeld (artikel 21a Fw). Het recht op uitkering behoort niet tot het vermogen van de verzekeringnemer

⁶⁰ HR 13 juli 2001, NJ 2001, 525; JOR 2001, 221 en HR 15 februari 2002, NJ 2002, 259 m.nt. Wessels, JOR 2002, 91.

en valt derhalve niet in diens faillissement.⁶¹ Aanspraken op pensioenvoorziening vallen niet buiten het tot het faillissement behorend vermogen.⁶²

Smartengeld. De wetgever heeft de aanspraak op smartengeld als hoogstpersoonlijk aangemerkt en deze aanspraak aan beslag en executie, en daarmee ook aan het faillissement, onttrokken. Deze uitzonderingspositie is evenwel niet gerechtvaardigd geacht indien de schuldenaar zijn aanspraak heeft geconcretiseerd in een vordering of overeenkomst. De eisen van redelijkheid en billijkheid dwingen er niet toe dat de vergoeding van immateriële schade buiten de boedel valt.⁶³

Letselschade uitkering. Evenals smartengeld valt ook deze uitkering, indien geconcretiseerd, in de boedel.⁶⁴ De Hoge Raad wijst in voornoemd arrest onder meer op de volgende onderdelen van de wetsgeschiedenis van artikel 6:106 lid 2 BW:

‘Uit de geschiedenis van de totstandkoming van deze bepaling (M.v.A II, Parl. Gesch. boek 6, blz. 381) blijkt dat daarbij in overweging is genomen dat weliswaar de vordering tot vergoeding van immateriële schade in zoverre een hoogstpersoonlijk karakter heeft dat in beginsel slechts de benadeelde de vordering moet kunnen instellen, maar dat een eenmaal betaalde vergoeding zonder meer in het vermogen van de benadeelde valt, zodat die vatbaar is voor beslag, en dat zulks ook al het geval is als de vordering is aanhangig gemaakt of het recht op vergoeding van smartengeld bij overeenkomst is vastgelegd. Ook in de Toelichting Meijers (Parl. Gesch. boek 6, blz. 378) was reeds dit standpunt ingenomen.’

Indien de schuldenaar een akkoord aanbiedt, dan moeten deze uitkeringen worden meegenomen bij de beoordeling of de baten van de boedel het aangeboden bedrag aanmerkelijk te boven gaan. In dit kader dienen het faillissement en de schuldsaneringsregeling op dezelfde wijze te worden behandeld. Van Schilfgaarde wijst in zijn noot onder het laatste arrest op de pogingen van de A-G om de Hoge Raad op andere gedachten te brengen en, dat die geen resultaat hebben opgeleverd. Daarmee is echter niet gezegd dat de twee beslissingen (in 2002 en 2006) in alle opzichten bevredigen. Niet alleen artikel 6:106 lid 2 BW, maar ook de WSNP is volgens van Schilfgaarde aan revisie toe.⁶⁵ In dit kader kan een parallel worden getrokken met hetgeen het EHRM daarover zegt.

De billijke genoegdoening (artikel 41 EVRM). In de Ringeisen-zaak kwam de vraag aan de orde of de billijke genoegdoening zoals vastgesteld door het EHRM, direct aan de klager dient te worden betaald of dat deze geldsom door de curator kan worden gevorderd teneinde de schuldeisers te voldoen. Het Hof

⁶¹ HR 27 maart 1953, 575, m.nt. Ph.A.N.H.

⁶² HR 5 september 2008, JOR 2008, 290 (Smith c.s./ De Jong q.q).

⁶³ HR 22 november 2002, NJ 2003, 32, m.nt. PvS.

⁶⁴ HR 24 november 2006, NJ 2007, 239, m.nt. PvS.

⁶⁵ Noot van Van Schilfgaarde onder HR 24 november 2006, NJ 2007, 239.

overwoog dat dit werd overgelaten aan het inzicht van de Oostenrijkse autoriteiten ('la sagesse des autorités autrichiennes'). Het Hof merkte in dit verband op, dat ingevolge de Oostenrijkse wetgeving, betreffende compensatie van ten onrechte ondergane (voorlopige) hechtenis en/of straf dit recht op schadevergoeding niet vatbaar is voor beslag, tenzij het gaat om de voldoening van een bij de wet voorziene onderhoudsverplichting.⁶⁶ Door te verwijzen naar het inzicht van de Oostenrijkse autoriteiten heeft het Hof geen beperking willen aanbrengen op zijn intentie om de genoegdoening voor de immateriële schade aan de klager persoonlijk uit te laten betalen. In het verklarend arrest oordeelde het Hof dat de genoegdoening 'doit être versée à Michael Ringeisen personnellement et à titre insaisissable'.⁶⁷

6.7 Artikel 1 EP EVRM en de WSNP

De Wet schuldsaneringsregeling natuurlijke personen is in het leven geroepen om een regeling te bieden waarmee kan worden tegengegaan dat een natuurlijke persoon die in een problematische financiële schuldenlast is terechtgekomen tot in lengte van jaren door zijn schulden achtervolgd kan worden. Als uitgangspunt bij de verwezenlijking van dit doel geldt dat bevrediging van schuldeisers geen voorwaarde is voor het bieden van uitzicht aan natuurlijke personen om als het ware weer met een schone lei verder te kunnen gaan. Dit betekent dat de na de beëindiging van de schuldsanering overblijvende schulden niet langer afdwingbaar zijn. Zij worden omgezet in natuurlijke verbintenissen (vgl. artikel 6:3 lid 2 onder a BW). Het is de bescherming van de schuldenaar tegen de mogelijkheid van 'levenslange' achtervolging door zijn schuldeisers en daarmee een eerbiediging van het privéleven van de schuldenaar en zijn gezin. Het maakt met haar idee van een 'schone lei' een principiële uitzondering op één van de centrale beginselen van het Nederlandse vermogensrecht: de verplichting van een schuldenaar om zijn verbintenissen na te komen. Het is daarmee onderdeel van artikel 6 EVRM. Ploeger ziet de Schuldsaneringsregeling als een inbreuk op het eigendomsrecht van de schuldeiser en daarmee ook onderdeel van artikel 1 EP EVRM.⁶⁸ Het EHRM is het daarmee niet eens, in die zin dat de inbreuk op het recht van de schuldeiser gerechtvaardigd is. In de zaak *Bäck v. Finland* oordeelde het Hof:

'The debt-adjustment legislation clearly serves legitimate social and economic policies and is not ipso facto an infringement of Article 1 of Protocol No. 1.

1. The Court must, however, also satisfy itself that the application of the 1993 Act in the case before it did not impose an excessive burden on the applicant.

2. Bearing in mind also that by 1995, when N.'s state of insolvency led him to seek a debt adjustment, he had effectively not repaid his debt during those four years, apart from

⁶⁶ EHRM 22 juni 1972, no. 2614/65 (*Ringeisen v. Oostenrijk*), (art. 50), par. 27.

⁶⁷ EHRM 23 juni 1973, no. 2614/65 (*Ringeisen v. Oostenrijk*) (*Interprétation*), par. 15. Zie ook M.L. Van Emmerik, 'Schadevergoeding bij schending van mensenrechten', *Stichting NJCM-Boekerij* 29, p. 126 e.v.

⁶⁸ Ploeger 2005, p. 691-692.

the sum of FIM 2,964 (EUR 499) which he had paid by September 1992, the Court concludes that the applicant's claim had already been rendered highly precarious before the debt adjustment for reasons not attributable to the State under the Convention. In these circumstances, the burden imposed on the applicant by the 1993 Act cannot be regarded as excessive.

3. Accordingly, there has been no violation of Article 1 of Protocol No. 1.⁶⁹

Er moet een juiste balans zijn tussen het algemeen belang en de bescherming van de rechten van het individu. Dit wordt onder meer gevonden in een beperking van de schone lei indien het voor de schuldeiser onaanvaardbaar zou zijn dat hij zijn vorderingsrecht zou verliezen.

Vanuit artikel 1 EP EVRM moet de vraag wat de rechtvaardiging is dat schuldeisers hun vorderingsrechten zonder enige genoegdoening kunnen verliezen worden gezien vanuit de eisen die artikel 1 EP daarvoor stelt. Het moet zijn voorzien in de wet en in de beginselen van internationaal recht (artikel 1 lid 1 EP) en om de betaling van belastingen en andere heffingen te verzekeren (artikel 1 lid 2 EP). Dit laatste, het verzekeren van betalingen, is in elk geval niet aan de orde omdat betalingen juist niet verzekerd worden, integendeel zelfs. Of in een regeling als de WSNP is voorzien in de beginselen van internationaal recht is lastig te beoordelen. Veel landen laten een zeer divers beeld zien.⁷⁰ In het arrest in de Bäck-zaak liet het Hof de Regeringen van Finland, Nederland, Noorwegen, Duitsland, Zweden en het Verenigd Koninkrijk aan het woord om hun eigen regeling uit te leggen. De rechtvaardiging dat schuldeisers hun vorderingsrecht wordt ontnomen moet komen vanuit het algemeen belang. Het gaat dan om de spreekwoordelijke krantenbezorger die het na zijn eerste faillissement schopt tot miljonair, omdat hij van zijn eerste faillissement heeft geleerd en niet opnieuw in de fout is gegaan. De pleitbezorgers voor deze regeling hebben dit bij de totstandkoming van deze wet in 1999 zeker ook bepleit. De schone lei omvatte alle schulden geen enkele uitgezonderd (behalve studieschulden) juist om te waarborgen dat de schuldenaar ook echt een geheel verse start kon maken. Bezie men daarentegen de WSNP na 1 januari 2008 dan zijn de voorwaarden voor toelating tot de regeling verzwaard en zijn de schulden waarvoor geen schone lei kan worden verleend aanzienlijk uitgebreid.⁷¹ Minder schuldeisers zullen hun vorderingsrechten verliezen. Hiervoor geldt hetzelfde wat in de Gasus-zaak daarover is gezegd. Een schuldeiser kan ervoor kiezen geen overeenkomst aan te gaan of een zekerheid te bedingen.

⁶⁹ EHRM 20 juli 2004, no. 37598/97 (Bäck v. Finland), NJ 2005, 479.

⁷⁰ J.C. van Apeldoorn, 'The "Fresh start" for individual debtors: social, moral and practical issues', *Int. Insolv. Rev.* 17: p. 57-72 (2008).

⁷¹ Zie ook: J.C. van Apeldoorn, 'WSNP: zekerheden...weg ermee!', in 'Onzekere zekerheid', *Insolad Jaarboek* 2001.

6.8 Artikel 1 EP EVRM en de positie van de aandeelhouder

Hier komt de vraag aan de orde of een aandeelhouder zijn schade, bestaande uit de waardevermindering van zijn aandelen kan verhalen op de persoon die deze schade heeft veroorzaakt. Daarmee houdt de vraag verband of de rechtspersoon deze schade zelf moet verhalen of, indien de rechtspersoon in staat van faillissement is verklaard, de aandeelhouder dit moet overlaten aan de curator.⁷²

6.8.1 De Poot/ABP-doctrine

In Nederland komt de positie van de aandeelhouder het duidelijkst naar voren in de zaak Poot/ABP. Poot stelde zich op het standpunt dat het faillissement van zijn concern door aan het ABP verweten gedragingen was veroorzaakt en dat hij in privé schade had geleden, doordat hij enig aandeelhouder was en al zijn aandelen als gevolg van het faillissement van een aantal van zijn vennootschappen, waardeloos waren geworden. De Hoge Raad besliste dat indien aan een rechtspersoon door een derde vermogensschade wordt toegebracht door het niet behoorlijk nakomen van contractuele verplichtingen jegens de rechtspersoon of door gedragingen die jegens de rechtspersoon onrechtmatig zijn en deze vermogensschade een vermindering van de waarde van de aandelen meebrengt, alleen de rechtspersoon het recht heeft uit dien hoofde van die derde vergoeding van deze schade te vorderen. De vermogensschade van de rechtspersoon zal, zolang zij niet is vergoed, een vermindering van de waarde van de aandelen in de rechtspersoon meebrengen. Deze schade is van de rechtspersoon afgeleid en wordt met ‘afgeleide schade’ aangeduid. In beginsel kunnen de aandeelhouders in verband met dit (aanvankelijk) voor hen ontstane nadeel niet een eigen vordering tot schadevergoeding tegen de bedoelde derde geldend maken. Indien de vennootschap nalaat haar vordering te verhalen biedt het Nederlands rechtstelsel voldoende mogelijkheden het bestuur ‘tot het alsnog instellen van die vordering te nopen’.⁷³ Er is geen grond, aldus de Hoge Raad, om op dit punt onderscheid te maken tussen het geval van een rechtspersoon met een aantal aandeelhouders en dat van een rechtspersoon waarvan de aandelen in één hand zijn. Ook is in dit verband niet van belang in hoeverre bij een rechtspersoon met slechts één aandeelhouder deze laatste tevens als (enig) directeur het doen en laten van de rechtspersoon beheerst. Dit standpunt is in een reeks arresten herhaald. In de Chipshol-zaak oordeelde de Hoge Raad dat zelfs wanneer de vennootschap buiten staat is om vergoeding van de aansprakelijke derde te vorderen, de aandeelhouder nog steeds geen vorderingsrecht toekomt.⁷⁴ Dit is moge-

⁷² Zie onder meer M.J. Kroeze, ‘Afgeleide schade en afgeleide actie’, diss. Kluwer, Deventer 2004; F. Veenstra, ‘De aandeelhouder en zijn afgeleide schade’, *Ondernemingsrecht* 2008-4, p. 147-184; J.W.H. van Wijk, ‘Afgeleide schade’, *TOP* 2008, p. 24-33; L. Timmerman, ‘Hartkamp en afgeleide schade’, in: H.J. van Kooten e.a. (red.), *Hartkampvariaties*, Deventer: Kluwer, 2006, p. 129-137.

⁷³ HR 2 december 1994, NJ 1995, 288, m.nt. Ma (Poot /ABP), r.o. 3.4.1.

⁷⁴ HR 15 juni 2001, JOR 2001,172 (Chipshol, Pentalaria, Unihome/Coopers & Lybrand).

lijk anders wanneer kan worden aangetoond dat de derde niet alleen onrechtmatig tegenover de rechtspersoon, maar ook in strijd met de jegens de aandeelhouder in privé vereiste zorgvuldigheid heeft gehandeld. Er is dan sprake van ‘directe schade’. In de Ventaz-zaak, waarin een derde gedragingen werden verweten die tot het faillissement van de rechtspersoon en tot het waardeloos worden van de aandelen hadden geleid, werd geen onzorgvuldig handelen jegens de aandeelhouder aangenomen, omdat de daartoe gestelde elementen (het opzettelijk aansturen op het faillissement van de rechtspersoon, danwel handelen met het voorwaardelijk opzet om de belangen van de aandeelhouder te schaden) niet waren bewezen.⁷⁵ In het arrest Kip en Sloetjes/Rabobank Winterswijk werd wel een onrechtmatige daad jegens de aandeelhouders (het echtpaar Kip en Sloetjes) aangenomen, met als gevolg een lagere verkoopprijs van hun aandelen. De Hoge Raad oordeelde echter dat hier sprake was van een grondslag van geheel andere aard dan in het arrest Poot/ABP. Eenzelfde beslissing is gevolgd in de zaak Kessock/SFT Bank, waarin een bank het krediet blokkeerde, ook met het gevolg een lagere verkoopprijs van de aandelen.⁷⁶

De aandeelhouder heeft daarmee voor wat betreft de waardevermindering van zijn aandelen, alleen dan een eigen vordering indien de veroorzaker van deze schade tevens een specifieke zorgvuldigheidsnorm jegens hem (de aandeelhouder) heeft geschonden.⁷⁷ Bijvoorbeeld indien de rechtspersoon haar jaarrekening in strijd met de regels van verslaglegging zou hebben opgesteld. De financiële verslaglegging is mede gericht op aandeelhouders en potentiële aandeelhouders (het beleggend publiek) en het geven van een onjuiste verslaglegging houdt daarmee een schending in van een specifieke, tot aandeelhouders gerichte, zorgvuldigheidsnorm. Dit kan leiden tot een schadeclaim van aandeelhouders. Er is dan sprake van ‘directe schade’. Dat de aandeelhouder deze schade kan vorderen volgt reeds uit artikel 6:162 BW. De aandeelhouder in de Tuin Beheer-zaak stelde, dat door het handelen van de bestuurder niet alleen jegens haar een specifieke zorgvuldigheidsnorm was geschonden, omdat de bestuurder het faillissement van de vennootschap had veroorzaakt, maar ook omdat een rekeningcourant schuld onvoldaan bleef. Zij trad niet alleen op als aandeelhouder, maar ook als schuldeiser. De Hoge Raad oordeelde dat de norm als verwoord in Poot/ABP niet (mede) van toepassing is indien door de aandeelhouder vergoeding wordt gevorderd van schade als gevolg van het onvoldaan blijven van een vordering. Voor de aandeelhouder geldt dat daarmee onderscheid wordt gemaakt tussen schade die wordt geleden door de vermindering van de waarde van zijn aandelen en de schade die de aandeelhouder lijdt in zijn hoedanigheid van schuldeiser van de vennootschap. Zo stelt Schoordijk de vraag of hier geen on-eigenlijk onderscheid tussen aandeelhouders en gewone of andere schuldeisers

⁷⁵ HR 12 december 1997, NJ 1998, 348, m.nt. Ma (Ventaz/FNV).

⁷⁶ HR 2 november 2007, JOR 2007, 302 (Kessock en Kessock-Leenders/SFT Bank), m.nt. B.F. Assink.

⁷⁷ HR 16 februari 2007, JOR 2007, 112, m.nt. W.J.M. van Veen r.o. 3.3. (Tuin Beheer/Houthoff Buruma), r.o. 3.3.

van de rechtspersoon wordt gecreëerd. Of zoals hij zegt: ‘verdient een houder van een converteerbare obligatie of degene die een vordering wegens een achtergestelde lening bezit wel bescherming, maar een aandeelhouder die ten slotte ook ‘créancier de la masse’ in tegenstelling tot ‘créancier dans la masse’ is, niet? En hoe zit het met de positie van certificaathouders?’⁷⁸ A-G Timmerman zegt daarover in zijn conclusie voor Tuin Beheer dat een toerekenbare tekortkoming of onrechtmatige gedraging jegens de vennootschap doorgaans (afgeleide) schade voor de aandeelhouder als voorzienbaar gevolg heeft, maar indien de aandeelhouder zich bij voorrang boven concurrente schuldeisers in het faillissement zou kunnen verhalen op de schadeveroorzakende derde, dit zijns inziens een onwenselijke doorkruising van het wettelijk systeem zou betekenen.

Uitgangspunt blijft dat alleen de rechtspersoon het recht heeft vergoeding van de aan hem toegebrachte schade te vorderen, ook indien de curator niets doet.⁷⁹ De consequentie hiervan is dat een aandeelhouder in beginsel niet in privé kan ageren om zijn belang in de rechtspersoon te beschermen. De aandeelhouder geniet de lusten van het instituut van de vennootschap als rechtspersoon (in de vorm van beperkte aansprakelijkheid). Of zoals wordt gezegd: ‘hij kan zich verschuilen achter de ‘corporate veil’, maar dan moet hij ook de lasten daarvan dragen en de behartiging van de belangen van de vennootschap overlaten aan de vennootschap zelf, of in geval van faillissement, aan de curator.’⁸⁰ Dit is binnen de Nederlandse rechtspraktijk inmiddels standaard en ook in de jurisprudentie van het EHRM herhaald. In 1970 wees het ICJ een arrest in een slepend conflict tussen België, namens (veel) Belgische aandeelhouders van het Spaanse energiebedrijf Barcelona Traction, Light and Power Ltd. tegen Spanje. Deze vennootschap was in de problemen geraakt door de handelswijze van organen van de Spaanse regering, waarvan werd gezegd dat deze handelwijze in strijd was met het internationale recht. Het Internationale Hof oordeelde:

‘Whenever shareholder’s interests are harmed by a measure directed at the company, it is up to the latter to take appropriate action. An act infringing only the company’s rights does not involve responsibility towards the shareholders, even if their interests are affected. Such responsibility arises only if the act complained of is aimed at the rights of the shareholder as such or if the company has been wound up’.⁸¹

⁷⁸ H.C.F. Schoordijk, ‘De positie van schuldeisers en aandeelhouders in geval van faillissement bij het verhaal op derden.’, *Ondernemingsrecht*, nr. 5, april 2002, p. 121-125.

⁷⁹ Met betrekking tot de zaak ABP/Poot zij vermeld dat de curator later de vordering wel heeft overgedragen aan de heer Poot.

⁸⁰ Zie ook HR 13 oktober 2000, NJ 2000, 699, m.nt. Ma (Heino Krause); HR 16 februari 2007, JOR 2007, 112, m.nt. W.J.M. van Veen (Tuin Beheer/Houthoff Buruma); HR 29 november 1996, JOR 1997, 26 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (Dohmen c.s./Amersfoortse); HR 14 juni 2000, NJ 2001, 685 (Van de Mosselaar/Lagero) en HR 15 juni 2001, JOR 2001, 172 (Chipshol, Pentalaria, Unihome/Coopers & Lybrand).

⁸¹ International Court of Justice 5 februari 1970 (Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd.), Reports of judgments, advisory opinions and orders 1970, pp. 39 and 41, paras. 56-58 and 66 (samenvatting). (www.icj-cij.org).

In de rechtspraak van het EHRM is het standaardarrest over deze problematiek *Agrotexim Hellas SA e.a. v. Griekenland*.⁸² De verzoekers in deze procedure (waaronder *Agrotexim Hellas*) waren zes vennootschappen die tezamen iets meer dan 51 procent van de aandelen hielden in *Karolos Fix Brewery* ('Fix'). Fix verkeerde in zware financiële problemen door een grote schuldenlast aan de *National Bank of Greece*. Op grond daarvan besliste de Griekse regering dat Fix moest worden vereffend. Een speciale regeling voorzag erin dat vereffenaars werden benoemd, één door de *National Bank of Greece* en één namens de vennootschap. Fix zou in de problemen zijn gekomen omdat zij twee bedrijfsterreinen in centraal Athene aan een projectontwikkelaar wilde verkopen, terwijl het gemeentebestuur van Athene had aangekondigd de terreinen te willen gebruiken voor openbare voorzieningen. Fix kon haar plannen daardoor niet verwezenlijken. De ondernemingen dienden hun klachten in bij de ECRM. Zij voerden aan dat hier sprake was van een de facto onteigening van Fix's eigendom in strijd met artikel 1 EP EVRM. Daarnaast werd geklaagd over schending van de artikelen 6 lid 1 en 13 EVRM over de wijze waarop de procedures in het geschil waren gevoerd, aangezien het voor hen, volgens Grieks recht, onmogelijk was om als aandeelhouders van *Fix Brewery* een procedure voor de rechter te starten en de juridische bescherming van hun rechten veilig te stellen.⁸³ De Commissie verklaarde de klacht ontvankelijk. In haar rapport (ex artikel 31 EVRM), was de Commissie (met dertien stemmen tegen twee) van oordeel dat artikel 1 EP was geschonden en dat (met negen stemmen tegen zes) geen inbreuk was gemaakt op de artikelen 6 en 13 EVRM.⁸⁴ De Commissie legde de zaak voor aan het Hof, maar een meerderheid van de rechters (acht tegen één) verklaarde de aandeelhouders niet ontvankelijk.⁸⁵ Dit komt overeen met de Poot/ABP-doctrine, waarbij zowel het EHRM als het ICJ de 'corporate veil' in deze gevallen intact liet.

6.8.2 De 'corporate veil'

De scheiding tussen de rechtspersoonlijkheid van de rechtspersoon enerzijds en de aandeelhouder anderzijds wordt vaak aangeduid met de 'corporate veil'. Het geeft aan dat de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon afgescheiden blijven van die van haar aandeelhouders. Er blijkt soms noodzaak te bestaan tot hetgeen dat wordt aangeduid met 'lifting' of 'piercing the corporate veil', waarmee wordt bedoeld dat aandeelhouders soms geneigd zijn zich te verschuilen achter de vennootschap om redenen die niet geheel overeenstemmen met de essentiële functie van de rechtspersoon. 'Veilpiercing' wordt daardoor voornamelijk toegepast met de bedoeling aandeelhouders aansprakelijk te houden voor zaken die voornamelijk de rechtspersoon zelf aangaan. Het gaat hier echter om

⁸² EHRM 24 oktober 1995, no. 14807/89 (*Agrotexim Hellas SA e.a. v. Griekenland*) NJ 1996, 375 m.nt. Ma en EAA.

⁸³ Voor de feiten zie *Agrotexim* (1995), par. 6-38.

⁸⁴ ECRM 12 februari 1992 (*Agrotexim Hellas, Biotex, Hymofix, Kykladiki, Mepex en Texema v. Griekenland*).

⁸⁵ EHRM (*Agrotexim*) 1995, par. 60-65.

het geven van rechten aan aandeelhouders en niet om verplichtingen. Hier vindt ‘veil piercing’ in omgekeerde richting plaats: ‘reverse piercing of the corporate veil’. Aan de rechtspersoonlijkheid wordt dan voorbij gegaan in het belang van de aandeelhouder om aandeelhouders een recht te geven waarvan zij anders verstoken zouden zijn geweest.⁸⁶ De ‘corporate veil’ wordt echter gerespecteerd. Het is aan de rechtspersoon zelf, of aan de curator, om de rechtspersoon in haar oorspronkelijke staat terug te brengen, waardoor de aandeelhouders in dezelfde positie terugkeren als voor het schadetoebrengende feit.⁸⁷

Dit is in dezelfde bewoording herhaald in de *Olczak v. Polen*-zaak.⁸⁸ Uit dit citaat volgen de twee aspecten van het aandeelhouderschap, die beiden worden beschermd: het aandeel als eigendomsrecht (eigendom) en het aandeel als aandeelhouders recht (belang). Bij het aandeelhoudersbelang gaat het om de aandeelhoudersrechten: bijvoorbeeld, het uitoefenen van stemrechten, de mogelijkheid het bestuur in de rechtspersoon te beïnvloeden en het recht om mee te delen in het batig saldo na vereffening. Dit zijn de ‘gewone’ aandeelhoudersrechten. Bij het eigendomsrecht gaat het om de investering in een rechtspersoon en de mogelijkheid te delen in het financiële resultaat. Alles beïnvloedt het reilen en zeilen van de rechtspersoon en alles kan uiteindelijk de aandeelhouder (zijn verlies of winst) beïnvloeden. Dit kan ook worden omschreven als het ‘indirecte belang van de aandeelhouder’. Derden kunnen het belang van de rechtspersoon en het belang van de aandeelhouder schaden, maar dat wil niet zeggen dat beiden deze schade kunnen vorderen.⁸⁹

6.8.3 Het risico van samenloop van vorderingen (concurrentierisico)

De vraag is vervolgens waarom we de aandeelhouder het recht ontzeggen zijn schade te vorderen. Indien de aandeelhouder een eigen recht zou worden gegeven ontstaat het risico dat zowel de rechtspersoon of de curator als de aandeelhouder een vordering instelt en daarmee ontstaat het risico van concurrerende (of samenloop van) vorderingen, waarbij niet alleen verschillende rechters moeten oordelen over hetzelfde feitencomplex, maar ook de mogelijkheid bestaat dat een individuele benadeelde partij buiten de collectiviteit om vergoeding van zijn schade krijgt. Dit kan dan weer leiden tot een inbreuk op het paritas beginsel of een doorbreking van het preferentiesysteem. Concurrerende vorderingen moeten daarom worden vermeden. Dit was in de *Agrotexim*-zaak voor het Hof mede een reden de Commissie niet te volgen en daarmee de aandeelhouders niet als slachtoffer te beschouwen:

⁸⁶ The Barcelona Traction, Light and Power, par. 56.

⁸⁷ The Barcelona Traction, Light and Power, par. 43.

⁸⁸ EHRM 7 november 2002, no. 30417/96 (*Olczak v. Polen*) par. 60; zie ook EHRM 16 januari 2001, no. 35730/97 (*Offerhaus and Offerhaus v. Nederland*).

⁸⁹ The Barcelona Transaction, par. 44.

‘To adopt the Commission's position would be to run the risk of creating - in view of these competing interests - difficulties in determining who is entitled to apply to the Strasbourg institutions.’⁹⁰

Timmerman noemt de Agrotexim-zaak om te illustreren dat ook het EHRM terughoudend is m.b.t. het toekennen van afgeleide schade.⁹¹ Ik meen echter het tegenovergestelde. Deze terughoudendheid is eerder ingegeven om samenloop van vorderingen te voorkomen en zegt, als de uitzonderingen hierop in ogenschouw worden genomen, juist iets anders. In Agrotexim was weliswaar door de klagers naar voren gebracht dat dat risico van samenloop niet bestond (de curator was immers door de overheid benoemd, dus die zou zeker niet tegen de overheid optreden) maar het EHRM vond dat onvoldoende. De vordering strandde uiteindelijk. Niet omdat de vordering afgeleide schade betrof, maar omdat klagers geen volledige zeggenschap over de rechtspersoon hadden. Zij hadden slechts ± 50 procent van de aandelen en daarmee was het concurrentierisico niet geheel uitgesloten.

Ook wij zijn hier huiverig voor. Bloembergen zei al:

‘Een zelfstandig recht van de aandeelhouder – en anderen – zou tot chaotische toestanden leiden. Niet alleen zouden daardoor de verhoudingen binnen de rechtspersoon verstoord worden, maar ook zou de pleger van de onrechtmatige daad in plaats van met de benadeelde rechtspersoon met allerlei individuele aandeelhouders te maken krijgen, en dat is stellig ongewenst.’⁹²

In Asser-Maeijer wordt ook gesproken over het voorkomen van chaotische verhaalsituaties en bovendien het beschermen van de andere schuldeisers tegenover de aandeelhouder als ‘postconcurrente’ schuldeiser.⁹³ Bakels meent dat de rechtspraak zich het op dit lastige terrein onnodig moeilijk heeft gemaakt. Men had kunnen volstaan met de overweging dat de schade van de aandeelhouders zich, behoudens bijzondere omstandigheden, oplost in een vordering tot schadevergoeding van de vennootschap.⁹⁴ Hij noemt als bijzondere omstandigheid indien de aandeelhouder opzettelijk wordt benadeeld, maar er zijn er meer.

6.8.4 Uitzonderingen op het concurrentierisico

Het EHRM heeft uitzonderingen het concurrentierisico toegestaan:

- de onmogelijkheid-exceptie;
- de ‘Pine Valley’- benadering of ‘de vehicle-approach’;
- overige omstandigheden.

⁹⁰ EHRM (Agrotexim) 1995, par. 65 (2).

⁹¹ L. Timmerman, ‘Hartkamp en afgeleide schade’, in: H.J. van Kooten e.a. (red.), Hartkampvarianties, Deventer: Kluwer, 2006, p. 129-137.

⁹² A.R. Bloembergen, ‘Schadevergoeding bij onrechtmatige daad’, diss. 1965, p. 309.

⁹³ Asser-Maijer 2000, nr. 180a.

⁹⁴ F.B. Bakels, ‘Aspecten van samenloop’, WPNR 6797, p. 365.

Uitzonderingen op het concurrentierisico: de onmogelijkheids-exceptie. Indien het risico van samenloop niet (meer) aanwezig is, wordt de aandeelhouder de mogelijkheid geboden zijn schade zelf te vorderen. Er is dan sprake van een bijzondere omstandigheid, waarmee het EHRM de deur openhield voor ontvankelijkheid van de aandeelhouder:

‘(...) the Court considers that the piercing of the ‘corporate veil’ or the disregarding of a company’s legal personality will be justified only in exceptional circumstances, in particular where it is clearly established that it is impossible for the company to apply to the Convention institutions through the organs set up under its articles of incorporation or – in the event of liquidation - through its liquidators. The Supreme Courts of certain member States of the Council of Europe have taken the same line. This principle has also been confirmed with regard to the diplomatic protection of companies by the International Court of Justice (Barcelona Traction, Light and Power Company Limited).’⁹⁵

In de GJ v. Luxemburg-zaak oordeelde het Hof:

‘In these circumstances the Court considers that it was not possible for the company, as a legal personality, at the time, to bring the case before the former Commission.’⁹⁶

De bijzondere omstandigheid waarbij het voor de rechtspersoon onmogelijk is om te ageren is wel vaker toegepast.⁹⁷

Indien door een insolvent verklaarde rechtspersoon wordt geklaagd over de handelwijze van de curator. Indien de rechtspersoon insolvent is verklaard kan moet de procedure bij het EHRM door de curator worden gevoerd, maar de aandeelhouders staan niet met lege handen als de curator stil blijft zitten. De ‘onmogelijkheid’ moet wel duidelijk worden vastgesteld. In de GJ v. Luxemburg-zaak, waarin door de aandeelhouder werd geklaagd over een schending van artikel 6 lid 1 EVRM (de lange duur van de afwikkeling van de insolventieprocedure), werd de aandeelhouder in zijn eigen vordering tot vergoeding van de ‘afgeleide’ schade ontvankelijk verklaard omdat:

‘The complaint brought before the Court relates to activities of the liquidators, i.e. the official receiver and the Commercial Court. In these circumstances the Court considers that it was not possible for the company, as a legal personality, at the time, to bring the case before the former Commission.’⁹⁸

⁹⁵ Agrotexim (1995), par. 66.

⁹⁶ (GJ v. Luxemburg), par. 24.

⁹⁷ EHRM 28 januari 1983, no. 9266/81 (Yarrow PLC e.a. v. Verenigd Koninkrijk) en EHRM 11 december 1986, no. 11189/84 (S-SI AB en BT v. Zweden).

⁹⁸ EHRM 26 oktober 2000, no. 21156/93 (GJ v. Luxemburg), par. 23.

Een belangenconflict tussen de diverse partijen. Van onmogelijkheid kan ook sprake zijn indien er een belangenconflict is tussen de diverse partijen, waardoor de rechtspersoon niet zelf kan optreden.

‘In the present case [the bank] was first managed and represented by special administrators appointed by [the Bulgarian National Bank] and then, when it was declared bankrupt, by trustees in bankruptcy appointed by the court, while the application before the Court relates precisely to the complex events leading to the appointment of the special administrators and the trustees and the actions of the trustees. In these circumstances, the Court considers that because of the conflict of interests between [the bank] and its special administrators and trustees it was not possible for the bank itself to bring the case before the Court.’⁹⁹

Alleen de curator kan optreden. Dat kan het geval zijn indien een curator is benoemd die is belast met het bestuur van de boedel. In dat geval kunnen rechtsvorderingen alleen door (en tegen) de curator worden ingesteld (vgl. artikel 25 Fw). Indien de aandeelhouder wil klagen over het feit dat een curator is benoemd en daarmee zijn individuele klachtrecht illusoir is geworden, dan is de voormalige bestuursvoorzitter/grootaandeelhouder ontvankelijk om namens de rechtspersoon een klacht in te dienen. Dit houdt dan verband met het recht op toegang tot de rechter in artikel 6 lid 1 en artikel 13 EVRM. Indien wordt geklaagd dat een curator is benoemd, dan ligt het niet voor de hand dat de curator zal klagen tegen zijn eigen benoeming. Het EHRM oordeelde dat ‘the essence of the complaint is the denial of effective access to court to oppose or appeal against the appointment of a compulsory administrator, to hold that the administrator alone was authorised to represent the bank (...) would be to render the right of individual petition conferred by article 34 theoretical and illusory’.¹⁰⁰ Zo werd in de *Anca v. België*-zaak de bestuursvoorzitter/grootaandeelhouder ontvankelijk verklaard.¹⁰¹

Indien de rechtspersoon heeft opgehouden te bestaan. Van ‘Onmogelijkheid’ kan ook sprake zijn indien de rechtspersoon heeft opgehouden te bestaan.¹⁰² In de *Agrotexim*-zaak werd geen ‘onmogelijkheid’ aangenomen. De aandeelhouders klaagden dat de rechtspersoon werd vereffend door twee vereffenaars die gezamenlijk moesten opereren terwijl één van de vereffenaars in dienst van de Staat was. Hierdoor lag het niet voor de hand dat deze vereffenaar tegen de Staat zou optreden. Het EHRM oordeelde dat het wellicht voor de hand zou liggen dat de door de overheid benoemde vereffenaar terughoudend zou zijn om tegen de lokale overheid op te treden, maar dat die mogelijkheid toch niet geheel uitge-

⁹⁹ EHRM 1 april 2004, no. 50357/99 (*Camberrow MM5AD v. Bulgarije*), par.1 (5).

¹⁰⁰ EHRM 21 oktober 2003, no. 29010/95 (*Credit and Industrial Bank v. Tsjechië*), par 51-52, JOR 2004/82, m.nt. G.-J. Vossestein en B. Wessels.

¹⁰¹ EHRM 10 december 1984, no. 10259/83 (*S.p.r.l. Anca e.a. v. België*).

¹⁰² A contrario: *Agrotexim* (1995), par. 68: ‘Agrotexim had not ceased to exist as a legal person.’

sloten was, zodat dit de aandeelhouders niet mocht baten.¹⁰³ Onmogelijkheid gaat niet altijd samen met het faillissement van de rechtspersoon. Gedurende het faillissement kan de klacht door de curator worden ingediend, maar de rechtspersoon kan soms geen klacht indienen door de aard van de klacht.¹⁰⁴ Indien bijvoorbeeld de klacht zich richt op het handelen van het bestuur ligt het niet voor de hand dat het bestuur, namens de rechtspersoon, vervolgens zelf een klacht indient. Ditzelfde doet zich ook voor indien de klacht zich richt tegen het handelen van de curator. Ook dan zal de curator geen klacht indienen en kan de aandeelhouder dit overnemen.¹⁰⁵

De Pine Valley-benadering of de 'vehicle-approach'. Naast de 'onmogelijkheid-exceptie' is er nog een andere categorie waarbij een aandeelhouder niet met lege handen blijft staan, als hij zelfstandig de door hem geleden 'afgeleide' schade vergoed probeert te krijgen. In de zaak *Pine Valley Developments v. Ierland* betrof het de aandeelhouder (de heer Healy) van een rechtspersoon (Healy Holding) die op zijn beurt aandeelhouder en bestuurder was van een andere rechtspersoon (*Pine Valley Developments Ltd.*).¹⁰⁶ Laatstgenoemde was het slachtoffer van de beweerde inmenging van het recht op ongestoord genot van een eigendomsrecht door de overheid. De feiten in deze zaak komen overeen met die in *Poot/ABP*. Het Hof accepteerde alle drie personen (mr. Healy, Healy Holding en *Pine Valley Developments*) als slachtoffer omdat:

'Pine Valley and Healy Holdings were no more than vehicles through which Mr Healy proposed to implement the development for which outline planning permission had been granted. On this ground alone it would be artificial to draw distinction between the three applicants as regards their entitlement to be "victims" of a violation.'¹⁰⁷

Een onderscheid tussen de rechtspersoon en de aandeelhouder die alle aandelen houdt is volgens het EHRM in dat geval kunstmatig. Deze 'Pine Valley benadering' of 'vehicle approach' is sedertdien regelmatig toegepast.¹⁰⁸ Een 100 pro-

¹⁰³ Agrotexim (1995), par. 68.

¹⁰⁴ GJ v. Luxemburg, par. 23.

¹⁰⁵ GJ v. Luxemburg, par. 24 (eerste zin).

¹⁰⁶ EHRM 29 november 1991, no. 12742/87 (*Pine Valley Developments e.a. v. Ierland*); zie ook M. Emberland, 'The Human Rights of Companies', Oxford University Press 2006, p. 99-107.

¹⁰⁷ EHRM 29 november 1991, no. 12742/87 (*Pine Valley Development e.a. v. Ierland*), par. 42.

¹⁰⁸ (GJ v. Luxemburg), par. 24: (90%); EHRM 1 april 2004, no. 50357/99 (*Camberrow MM5AD v. Bulgarije*), par. 1(4): (98%); (*Ankarcrona v. Zweden*), par. 1(5) en (6): (100%); EHRM 31 juli 2003, no. 16163/90 (*Eugenia Michaelidou Development Ltd. en Michael Tymvios v. Turkije*), par. 21: '(....) In the Court's opinion, both applicants are so closely identified with each other that it would be artificial to regard each as an applicant in its/his own right. In reality, the first applicant is the second applicant's company and the vehicle for his business projects. On that understanding, the Court will consider the alleged violations of the Convention from the standpoint of the second applicant

cent aandeelhouder neemt daarmee een bijzondere positie in. Als de aandeelhouder alle aandelen heeft dan is ‘the indirect nature of the claim little more than a formality’, maar de ontvankelijkheid van de aandeelhouder ‘cannot be determined on the sole criterion of whether the shareholder retains the majority of the company shares. This element is an objective and important indication, but other elements may be relevant in view of the circumstances of each particular case’.¹⁰⁹ Het is daarmee ook de vraag of de schade voor de aandeelhouder, die alle aandelen houdt, wel als ‘afgeleide schade’ moet worden aangemerkt. Afgeleide schade en directe schade zullen dan veelal samenvallen.

Anders echter dan de Hoge Raad, die in Poot/ABP oordeelde, zei het EHRM dat er geen grond is om onderscheid te maken tussen het geval van een vennootschap met een aantal aandeelhouders en dat van een vennootschap waarvan de aandelen in één hand zijn. Het is in dit verband ook niet van belang in hoeverre bij een vennootschap met slechts één aandeelhouder deze laatste tevens als (enig) directeur het doen en laten van de vennootschap beheerst. Hier neemt het EHRM een ander en daarmee van Poot/ABP afwijkend standpunt in.

In andere zaken zijn meerderheidsaandeelhouders reeds als slachtoffer toegelaten.¹¹⁰

‘Moreover, the Court recalls that the applicant held a substantial shareholding of 90% in the company. He was in effect carrying out his business through the company and has, therefore, a direct personal interest in the subject-matter of the complaint. Therefore, the Court finds that the applicant may claim to be a victim of the alleged violation of the Convention affecting the rights of the limited liability company.’¹¹¹

Het EHRM heeft niet aangegeven waar de grens precies ligt, maar het gaat er steeds om of de aandeelhouder een substantieel deel van de aandelen houdt, of de aandeelhouder zijn zaken via deze rechtspersoon uitoefent en daarmee een direct persoonlijk belang heeft.¹¹² Het kleine percentage aandelen (± 50%) in

alone (hereinafter “the applicant”), there being no doubt that he can be considered a “victim” within the meaning of Article 34 of the Convention, including in the period between April 1988 and April 1996 when he, through his company, was a co-owner of the property at issue.’; Zie ook: ECRM, no. 1706/62 (X. v. Oostenrijk) en ECRM, 17 juli 1980 no. 7598/76 (Kaplan v. Verenigd Koninkrijk), par. 31.

¹⁰⁹ Agrotexim (1995), par. 63.

¹¹⁰ EHRM 10 december 1984, no. 10259/83 (S.p.r.l. Anca e.a. v. België). EHRM 1 april 2004, no. 50357/99 (Camberrow MM5AD v. Bulgarije), par. 1(4) (98%).

¹¹¹ (GJ v. Luxemburg), par. 24.

¹¹² ECRM 11 december 1986, no. 11189/84 (Company S. and T. v. Zweden): ‘In the case of Yarrow and others (no. 9266/81) the Commission held that the applicants, who did not hold a majority or controlling interest in the company in question, were not directly and personally affected by the measure taken (the nationalisation of the company) even though this measure undoubtedly reduced the value of their shareholdings and they could

Agrotexim zal zeker hebben bijgedragen aan de afwijzing van de vordering. Vorderingen van aandeelhouders worden dan ook vaak afgewezen als de klager slechts één van vele aandeelhouders is.¹¹³ Meerderheidsaandeelhouders boven de ‘vehicle’ norm (hoe vaak deze norm ook moge zijn) worden in aanmerking genomen, maar het leidt niet automatisch tot het zijn van slachtoffer.¹¹⁴

Naast de onmogelijkheidsexceptie en de ‘Pine Valley-benadering’ noemt het EHRM, en ook de Commissie, nog andere omstandigheden:

De onmogelijkheid om aan het toelatingscriterium te voldoen. Alvorens een klacht in Straatburg kan worden ingediend moeten alle nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput (artikel 35 EVRM). Een aandeelhouder kan aan deze eis niet voldoen indien hij geen rechtsmiddelen heeft. Zo worden aandeelhouders ontvanke-lijk verklaard, ook indien die rechtsmiddelen niet zijn uitgeput.

‘The Commission's view would also engender considerable problems concerning the requirement of exhaustion of domestic remedies. It may be assumed that in the majority of national legal systems shareholders do not normally have the right to bring an action for damages in respect of an act or an omission that is prejudicial to “their” company. It would accordingly be unreasonable to require them to do so before complaining of such an act or omission before the Convention institutions. Nor could, conversely, a company be required to exhaust domestic remedies itself, because the shareholders are of course not empowered to take such proceedings on behalf of “their” company’.¹¹⁵

Een intern verschil van mening. Evenmin zou men die eis kunnen instellen indien de situatie binnen de rechtspersoon zo is dat enige uitputting van rechtsmiddelen, wegens een intern verschil van mening, niet voor de hand ligt.

‘It is a perfectly normal occurrence in the life of a limited company for there to be differences of opinion among its shareholders or between its shareholders and its board of directors as to the reality of an infringement of the right to the peaceful enjoyment of the company’s possessions or concerning the most appropriate way of reacting to such an infringement. Such differences of opinion may, however, be more serious where the company is in the process of liquidation because the realisation of its assets and the discharging of its liabilities are intended primarily to meet the claims of the creditors of a company whose survival is rendered impossible by its financial situation, and only as a secondary aim to satisfy the claims of the shareholders, among whom any remaining assets are divided up’.¹¹⁶

not therefore claim to be victims within the meaning of Article 25 of the Convention. Moreover, it was open to the direct victim – the company – to lodge an application.’

¹¹³ EHRM19 september 2000, no. 49020/99 (Santos Ltda en Fachadas v. Portugal).

¹¹⁴ EHRM 20 mei 1998, no. 29010/95 (Credit and Industrial Bank and Moravec v. Tsjechië) (vordering meerderheidsaandeelhouder afgewezen).

¹¹⁵ EHRM (Agrotexim) 1995, par. 65.

¹¹⁶ EHRM (Agrotexim) 1995, par. 65 (1).

Een direct persoonlijk belang van de aandeelhouder. In de zaak Sovtransavto Holding v. Oekraïne ging het om de klacht van een Russische moedervereniging over het feit dat een Oekraïense rechtbank zich vooringenomen had getoond in een geschil over de rechtmatigheid van de beslissing van het bestuur van de dochtervereniging tot uitgifte van nieuwe aandelen, waardoor de klager haar macht verloor. Het Hof stelde de aandeelhouder in het gelijk en oordeelde:

‘The Court observes in that connection that “a company share is a complex thing”. It certifies that the holder possesses a share in the company together with the corresponding rights. This is not only an indirect claim on company assets but other rights, especially voting rights and the right to influence the company, may follow the share. The Court notes that in the present case the applicant company initially held a 49% stake in Sovtransavto-Lugansk. Following repeated increases in that company’s share capital the percentage held by the applicant company was reduced from 49% to 20.7%. Consequently, there were changes in the powers the applicant company exercised as a shareholder that is to say in its ability to run the company and control its assets.’¹¹⁷

In de Camberrow-zaak was sprake van een ‘direct personal interest’ van een rechtspersoon die 86% van de aandelen hield in een bank.¹¹⁸ Een ‘direct personal interest’ is een financieel belang, te weten de investering van de aandeelhouder in de rechtspersoon.¹¹⁹ Het EHRM refereerde daaraan in Pine Valley:

‘The Government’s remaining pleas all turn, directly or indirectly, on the financial status of Healy Holdings and Mr Healy. Whilst that status may, of course, be of importance or have effects on the domestic level, it is, in the Court’s opinion, of no relevance as far as entitlement to claim to be a victim of a violation is concerned. Insolvency cannot remove the right which Article 25 of the Convention confers on “any person”.’¹²⁰

Een direct persoonlijk belang kan voorts zijn de functie die de vereniging voor de aandeelhouder vervult. In Euro Centre B.V. v. Nederland accepteerde de Commissie de vordering van de aandeelhouder die voor zijn inkomen geheel afhankelijk was van de vereniging, waarin hij meerderheidsaandeelhouder was.¹²¹

¹¹⁷ EHRM 25 juli 2002, no. 48553/99 (Sovtransavto Holding v. Oekraïne), par. 92; Zie ook ECRM 11 december 1986, no. 11189/84 (Company S. and T. v. Zweden).

¹¹⁸ EHRM 1 april 2004, no. 50357/99 (Camberrow MM5AD v. Bulgarije).

¹¹⁹ EHRM (Agrotexim) 1995, par. 65 (1).

¹²⁰ Pine Valley, par. 42(3).

¹²¹ ECRM 5 oktober 1987, no. 11834/85 (Euro Art Centre B.V., Piggott, Piggott-Hughes v. Nederland).

Als de klagers gezamenlijk een dominant aandeelhoudersbelang vertegenwoordigen, dan kan dit zeker bijdragen, omdat zij ‘la totalité du capital de la société’ vertegenwoordigen.¹²² In *Kaplan v. Verenigd Koninkrijk* was de klager de bestuurder en meerderheidsaandeelhouder (meer dan 90%). Door een verkeerde voorstelling van zaken, door hemzelf in zijn hoedanigheid van bestuurder gegeven, kreeg de rechtspersoon beperkingen opgelegd om een verzekering af te sluiten. De Commissie overwoog naar aanleiding van de vordering onder artikel 6 lid 1 EVRM, dat de klager, ook al had hij daaraan zelf bijgedragen, toch ‘[h]ad a clear interest in the outcome insofar as it affected the company. This arose from his investment interest in the company and his position as an officer’.¹²³

In de zaak *Anca v. België* accepteerde de Commissie de bestuurder/grootaandeelhouder, die opkwam tegen de faillietverklaring van zijn vennootschap, eveneens als klager.¹²⁴ In de zaak *Bendenoun v. Frankrijk* kwam de Commissie tot het oordeel dat de klager slachtoffer was van een schending van artikel 6 lid 1 EVRM betreffende een procedure waarin alleen zijn vennootschap partij was. De Commissie betrok daarbij het belang van de aandeelhouder, maar ook zijn positie als bestuurder en medeschuldenaar van de rechtspersoon.¹²⁵ Een inbreuk kan worden gemaakt door een derde, maar ook door een orgaan van de Staat. Het lijkt er op dat hoe meer een orgaan van de Staat zelf bij de inbreuk betrokken is, des te aannemelijker het wordt dat het slachtoffer een ‘victim-status’ krijgt in de zin van het EVRM. In de *Agrotexim*-zaak (admissibility decision) legde de Commissie veel nadruk op de speciale vorm van liquidatie die was gekozen, waarin één van de vereffenaars door de Staat was benoemd. Hierdoor was de vennootschap *Fix* ‘essentially under state control’ en daardoor was het effectief onmogelijk gemaakt te klagen over het gedrag van diezelfde Staat. In de *G.J. v. Luxemburg*-zaak baseerde het Hof de ontvankelijkheid ten dele op het feit dat de klacht de vereffenaars betrof die door de rechtbank waren benoemd.

Overige omstandigheden: aandeelhouder en rechtspersoon streven dezelfde belangen na. Indien de aandeelhouder en de rechtspersoon dezelfde belangen nastreven, dan is het risico van concurrerende vorderingen niet aanwezig. Als de aandeelhouder en de rechtspersoon feitelijk vereenzelvigd kunnen worden bestaat dit risico evenmin. In het arrest *Ankarcrona v. Zweden* oordeelde het EHRM:

‘The applicant submits that he and his business are in practice the same and that he must therefore be regarded as a victim within the meaning of Article 34 of the Convention. In the instant case, the Court recalls that the applicant is the sole owner of

¹²² ECRM 16 september 1996, no. 15777/89 (*Matos e Silva Lta v. Portugal*), (admissibility decision), par. 1(8) en (9).

¹²³ ECRM 17 juli 1980, no. 7598/76 (*Kaplan v. Verenigd Koninkrijk*) (report).

¹²⁴ ECRM 10 december 1984, no. 10259/83 (*S.p.r.l. Anca e.a. v. België*).

¹²⁵ EHRM 24 februari 1994, no. 12547/86 (*Bendenoun v. Frankrijk*).

Skyddsvakt Herbert Ankarcrona AB. Consequently, and contrary to what was the situation in, for example, the *Agrotexim and Others v. Greece* judgment of 24 October 1995, par. 65, where the applicant companies in that case owned only about half of the shares in the company in question, there is no risk of differences of opinion among shareholders or between shareholders and a board of directors as to the reality of infringements of the rights protected under the Convention and its Protocols or concerning the most appropriate way of reacting to such infringements.

Having regard to the absence of competing interests which could create difficulties, for example, in determining who is entitled to apply to the Court and in the light of the circumstances of the case as a whole, the applicant can, in the Court's opinion, reasonably claim to be a victim within the meaning of Article 34 of the Convention, in so far as the impugned measures taken with regard to his company are concerned.¹²⁶

Indien de aandeelhouder de meerderheid van de aandelen en daarmee de beslissingsmacht binnen de rechtspersoon heeft, dan zal door de rechtspersoon en de aandeelhouders in de regel ook hetzelfde belang worden nagestreefd. Het Poot/ABP-arrest en daarmee de positie van de aandeelhouder verdient heroverweging.

6.9 Artikel 1 EP EVRM en het herstel van de boedel

Dit onderdeel houdt verband met de bestuurdersaansprakelijkheid (in hoofdstuk 5) en de posities van de (individuele) schuldeisers en van de aandeelhouders, die elders in dit hoofdstuk zijn besproken. Insolventieprocedures zijn primair gericht op de bevrediging van de vorderingen van de schuldeisers. Schuldeisers worden uit de boedel voldaan, die door de curator wordt beheerd en vereffend. Indien de boedel onvoldoende middelen heeft om alle schuldeisers volledig te voldoen, dan blijven deze schuldeisers met restvorderingen achter, soms met hun instemming, bijvoorbeeld na een gehomologeerd akkoord, maar meestal geheel ongewild. Het is aan de curator om, ten behoeve van de gezamenlijk schuldeisers, zoveel mogelijk actief in de boedel te brengen. Dit kan de curator doen door ervoor zorg te dragen dat daarin (weer) wordt teruggebracht wat in de boedel thuishoort (bijvoorbeeld door het instellen van de *faillissementspauliana*), dan wel door derden aan te spreken die de boedel in diskrediet hebben gebracht, (bijvoorbeeld door handelen dat kan worden gekarakteriseerd als kennelijk onbehoorlijk bestuur of onrechtmatige daad). De curator draagt daarbij zorg voor de gezamenlijke schuldeisers. Hij treedt in de regel niet op voor een individuele schuldeiser of voor een groep van individuele schuldeisers. Het is daarbij de vraag in hoeverre een individuele schuldeiser zelfstandig actie kan ondernemen, voor zijn eigen schade of dat hij dit moet overlaten aan de curator.

¹²⁶ EHRM 27 juni 2000, no. 35178/97 (*Ankarcrona v. Zweden*), par. 1 (5).

Het standaard-arrest betreffende deze vordering is te vinden in het Peeters q.q./Gatzen-arrest.¹²⁷ In dit arrest is beslist dat de curator bevoegd is om voor de belangen van de schuldeisers op te komen bij benadeling van schuldeisers door de schuldenaar en dat in zo'n geval ook plaats kan zijn voor het door de curator geldend maken van een vordering tot schadevergoeding uit hoofde van onrechtmatige daad tegen een derde die bij de benadeling van schuldeisers betrokken is geweest. In dit arrest wordt nog niet gesproken over het optreden door de curator namens de 'gezamenlijke' schuldeisers. Lange tijd is dit arrest aldus uitgelegd, dat het daarbij slechts ging om vorderingen uit onrechtmatige daad, die raken aan de in de artikelen 42-48 Fw geregelde pauliana-vorderingen, die door de curator moeten worden ingesteld (artikel 49 Fw). Dit heeft er in het Zeeuwse stromen-arrest¹²⁸ (een procedure van de curator namens de gezamenlijke schuldeisers tegen de controlerend accountant, die een fraude niet had opgemerkt) toe geleid dat de vordering strandde. Het Hof Den Haag overwoog in het arrest dat de wettelijke taak van de curator in de eerste plaats bestaat in het beheer en vereffening van de vermogensbestanddelen van de schuldenaar, met inbegrip van die bestanddelen, die na een beroep door de curator gedaan op de artikelen 42 e.v. Fw, in de boedel terugkeren. De curator kan voorts ingevolge artikel 25 Fw in beginsel slechts rechtsvorderingen instellen, welke rechten of verplichtingen tot de gefailleerde boedel behorende, ten onderwerp hebben. Ten aanzien van de gezamenlijke schuldeisers is de curator een behartiger van hun belangen, die overeenkomen met de belangen van de boedel. Dit brengt echter niet zonder meer mee, dat de curator (in rechte) steeds namens de schuldeisers als hun vertegenwoordiger zou kunnen optreden, dat wil zeggen, voor hen rechtstreeks rechtsgevolg teweeg zou kunnen brengen, alsof zij zelf gehandeld hadden. Hij kan aldus niet onder alle omstandigheden tegen derden rechtsvorderingen namens de schuldeisers instellen, welke iedere schuldeiser voor zich evengoed tegen zulke derden zou kunnen instellen. Het hof overwoog vervolgens dat de curator in het onderhavige geval ook niet voor de gezamenlijke schuldeisers in rechte kan optreden, omdat ten aanzien van iedere schuldeiser afzonderlijk bepaald zou moeten worden, op welke (jaar)stukken de schuldeiser is afgegaan en, zo hij daar redelijkerwijs op mocht afgaan, wat zijn schade dientengevolge is.

Een soortgelijke beslissing werd gegeven door de Rechtbank Amsterdam.¹²⁹ De curator kan alleen in zijn vordering uit onrechtmatige daad tegen een derde worden ontvangen, wanneer hij daarbij opkomt voor de gezamenlijke schuldeisers. Treedt hij niet op voor alle schuldeisers, dan behoeft hij een volmacht van die individuele schuldeisers. Deze rechtspraak heeft er op haar beurt toe geleid dat, indien een vordering van een – individuele – schuldeiser is gebaseerd op een door een derde jegens haar gepleegde onrechtmatige daad als bedoeld in artikel

¹²⁷ HR 14 januari 1983, NJ 1983, 597, m.nt. BW; AAe 1984, p. 22 e.v., m.nt. Van Schilf-gaarde.

¹²⁸ Hof Den Haag 19 mei 1992, NJ 1993, 436.

¹²⁹ Rb. Amsterdam 6 december 1995, JOR 1996, 10.

6:162 BW, waarbij de gestelde onrechtmatigheid aanhaakt bij de artikelen 3:45 BW en 2:248 BW, de curator bij uitsluiting bevoegd is deze vordering in te stellen.¹³⁰ De Rotterdamse President, rechtdoende in kort geding, overwoog dat de eenheid bij de afwikkeling van een failliete boedel, zoals door de Faillissementswet beoogd, op ontoelaatbare wijze zou worden verstoord, indien het aan individuele schuldeisers zou vrijstaan een actie uit onrechtmatige daad in te stellen tegen hen jegens wie de curator, aan wie de wetgever de afwikkeling bij uitsluiting heeft opgedragen, uit hoofde van artikel 42 Fw of de artikelen 2:138/248 BW kan ageren. Die situatie doet zich voor, indien die schuldeiser materieel aan zijn vordering dezelfde feiten ten grondslag legt als in (één van) die wetsbepalingen zijn vermeld. De hier aan de orde zijnde belangen van iedere individuele schuldeiser dienen bij uitsluiting door de curator te worden behartigd met behulp van de middelen die de wetgever hem daartoe heeft gegeven, onder het door elke schuldeiser in te roepen toezicht van de rechter-commissaris, met de mogelijkheid van beroep op de rechtbank. Een dergelijke vordering uit onrechtmatige daad van individuele schuldeisers doorkruist de eenheid van en de orde bij de afwikkeling van de boedel¹³¹

In een eerder arrest van het Hof Leeuwarden¹³² was echter geoordeeld dat de aansprakelijkheidsstelling door de curator op grond van artikel 2:248 BW een vordering op grond van onrechtmatige daad tegen de bestuurder van de failliete vennootschap niet uitsluit. Het hof overwoog dat bestudering van de stukken betrekking hebbende op de totstandkoming en de invoering van de zgn. Derde Misbruikwet, leert, dat nergens blijkt van een duidelijke bedoeling van de wetgever om aanspraken van individuele schuldeisers op grond van artikel 1401 BW (thans artikel 6:162 BW) jegens de bestuurder van de failliete vennootschap uit te sluiten, of achter te stellen bij aanspraken op grond van artikel 2:248 BW van de curator van de failliete vennootschap jegens dezelfde bestuurder. Daar komt bij, dat de vordering van de curator op grond van artikel 2:248 BW een andere grondslag en een ander doel heeft dan de vordering van de schuldeiser op grond van artikel 1401 BW en om die reden niet de strekking heeft die vordering uit te sluiten. Het verschil tussen de uitspraken van het Hof Leeuwarden (een vordering op grond van 2:248 BW sluit een aanspraak van een individuele schuldeiser op grond van onrechtmatige daad niet uit), en het oordeel van de Rotterdamse President (de belangen van de individuele schuldeisers dienen bij uitsluiting door de curator te worden behartigd) is derhalve gelegen in het feitencomplex dat aan de vordering ten grondslag wordt gelegd.

Het is niet altijd eenvoudig vast te stellen of de curator optreedt namens de (gezamenlijke) schuldeisers, als behartiger van de belangen van de boedel, dan wel als behartiger van hun individuele belangen. Verstijlen meent in zijn commen-

¹³⁰ Pres. Rb. Rotterdam 5 oktober 1995, KG 1995, 406; JOR 1996, 17, p. 110-112, m.nt. J.J. van Hees.

¹³¹ Rb. Amsterdam 18 januari 1996, rol nummer 96.0763H, TvI 1996/4, Nieuwsbrief, p. 42.

¹³² Hof Leeuwarden 8 augustus 1990, NJ 1991, 445, TVVS 1990, 12, p. 314, m.nt. LT.

taar op het Zeeuwse Stroom arrest, dat het Hof Den Haag de grenzen te eng heeft gesteld. Indien de 'Peeters-Gatzen vordering' alleen mogelijk zou zijn in het geval van paulianeuze (rechts)handelingen, heeft deze vordering naast de actio pauliana zelf, maar weinig belang.¹³³ Het gaat om de vraag of alle schuldeisers door het handelen in strijd met een jegens de schuldeisers in acht te nemen norm gelijkelijk zijn benadeeld. De Peeters-Gatzen vordering strekt ertoe de schuldeisers in de toestand te brengen waarin zij verkeerden zouden hebben, indien de onrechtmatige daad niet zou hebben plaatsgevonden. Het oordeel van het Hof in het Zeeuwse stroom arrest strekt er feitelijk toe dat elke schuldeiser voor zich een actie tegen de derde instelt, waardoor, via een omweg, de paritas creditorum zou kunnen worden doorbroken. Verstijlen pleit er daarom voor dat de band met de actio pauliana losser wordt gemaakt. Van belang is slechts of de derde (in casu de controlerend accountant) gehouden was de fraude op te merken, in plaats van de vordering van de curator slechts te beoordelen voor zover deze was gegrond op de jegens de vennootschap gepleegde wanprestatie en/of onrechtmatige daad.

Dit ruimere criterium wordt door de Hoge Raad gehanteerd in de drie Tilburgse Hypotheek Bank-arresten¹³⁴ waarin het ging om een geval waarin de notaris betrokken was bij de door curatoren gestelde benadeling door de schuldenaar van diens schuldeisers.¹³⁵

Uit deze arresten volgt dat de curator bevoegd is een vordering op grond van onrechtmatige daad in te stellen ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers, tegen een derde die betrokken is geweest bij de benadeling van de gezamenlijke schuldeisers. Deze situaties doen zich voor indien:

- De vordering is gebaseerd op kennelijk onbehoorlijk bestuur (artikel 2:248 BW);
- Het boedelactief is verminderd: een derde koopt een actief voor een te lage prijs (Peeters q.q./Gatzen) of een derde verleent zijn medewerking aan het uitlenen van geld die niet door – voldoende – zekerheden zijn gedekt (curatoren THD);
- De schuldenlast is vergroot (een aandeelhouder ontvangt een uitkering en leent deze terug aan de vennootschap) Nimox/Van den End q.q).¹³⁶

In al deze gevallen wordt de boedel in de oorspronkelijke toestand terug gebracht en zal de curator het aanwezige boedelactief verdelen onder alle schuldeisers, overeenkomstig ieders rang. Uit het bovenstaande blijkt eveneens dat het systeem van de Faillissementswet, waarin de curator de belangen van de geza-

¹³³ F.M.J. Verstijlen 'Zwaar weer op de Zeeuwse stroom', Het Actuele recht, 1993, p. 219-222.

¹³⁴ HR 23 december 1994, NJ1996, 627 en 628 en HR 15 september 1995, NJ 1996, 629 m.nt WMK.

¹³⁵ R.o. 4.3.2 onder NJ 1996, 628.

¹³⁶ HR 8 november 1991, NJ1992, 174, m.nt. Ma.

menlijke schuldeisers behartigt, er niet aan in de weg staat dat individuele schuldeisers een op artikel 6:162 BW gebaseerde vordering tegen de derde geldend maken, terwijl ook de curator een soortgelijke vordering instelt. Dit is slechts anders, indien de vordering van een – individuele – schuldeiser is gebaseerd op een door een derde jegens deze schuldeiser gepleegde onrechtmatige daad, waarbij de onrechtmatigheid aanhaakt bij de in de artikelen 3:45 en 2:248 BW geregelde gevallen. In een situatie waarbij zowel de curator namens de gezamenlijke schuldeisers optreedt, als de individuele schuldeisers een vordering instellen en op deze wijze het faillissement omzeilen, komen vragen van samenloop aan de orde. Van samenloop is ook sprake indien de ontvanger een vordering instelt tegen een bestuurder op grond van artikel 36 IW) en de curator op grond van artikel 2:248 BW.

Indien de curator ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers een vordering instelt tegen een derde, meent Van Schilfgaarde in zijn noot onder het Peeters/Gatzen arrest, dat een goede procesorde zich ertegen verzet dat een individuele schuldeiser op dezelfde gronden een procedure instelt of voortzet.¹³⁷ Door betaling aan de boedel gaat de vordering van de individuele schuldeiser weliswaar niet teniet, doch deze schuldeiser zal over het algemeen geen schade meer hebben omdat, indien deze betaling aan de curator als deel van het batig saldo volgens de faillissementsregels wordt verdeeld en de individuele schuldeisers een bedrag ontvangen, dat in beginsel gelijk is aan het bedrag waarop zij persoonlijk bij wijze van schadevergoeding jegens de derde aanspraak zouden kunnen maken. Dit is dezelfde gedachte die aan het Poot/ABP-arrest ten grondslag ligt. De curator heeft dan voorrang en de individuele schuldeiser moet zijn actie staken.¹³⁸ Nu zijn er situaties denkbaar waarin er schuldeisers zijn aan te wijzen jegens wie de gedraging van de derde niet onzorgvuldig was, terwijl vaststaat dat deze schuldeisers toch geen uitkering zullen ontvangen. Kan de curator dan nog steeds optreden of moet hij het aan de individuele schuldeisers overlaten?¹³⁹ Er is geen algemene regel te geven.

Er zijn twee zienswijzen:

- De vordering tot schadevergoeding die tot de failliete boedel behoort;
- De vordering tot schadevergoeding die niet tot de failliete boedel behoort.

De eerste categorie behoren vorderingen, die voortvloeien uit een voor of tijdens het faillissement jegens de schuldenaar gepleegde toerekenbare tekortkoming of onrechtmatige daad. Schuldeisers kunnen niet, op de enkele grond dat een derde hun schuldenaar schade heeft toegebracht, waardoor hun verhaalspositie is verslechterd, een eigen vordering tot schadevergoeding jegens die derde geldend

¹³⁷ AAe 1984, p. 222.

¹³⁸ Zie ook J.C. van Apeldoorn, ‘De curator als belangenbehartiger van gelaedeerde schuldeisers (artikel 6:162 BW)’, in de Insolad bundel ‘De curator, een octopus’, p. 13-29.

¹³⁹ Rb. Amsterdam 6 december 1995, JOR 1996, 10.

maken. De schade van de schuldeisers (en aandeelhouders) wordt opgeheven door de vordering tot schadevergoeding jegens de derde, die door de curator wordt ingesteld en de schadevergoeding in de boedel valt.

In de tweede categorie zijn er weer twee vorderingen. In de eerste plaats de vordering indien de derde onrechtmatig heeft gehandeld jegens één of meer individuele schuldeisers, zonder dat de derde tevens onrechtmatig heeft gehandeld jegens de schuldenaar, en zonder dat de schade van de schuldeisers correspondeert met een vermindering van het vermogen van de schuldenaar. Als voorbeeld wordt genoemd het geval waarin een bestuurder namens de vennootschap overeenkomsten heeft gesloten, terwijl de bestuurder diende te vermoeden dat de vennootschap die overeenkomsten niet zou kunnen nakomen (Beklamel).¹⁴⁰ Voor een bevoegdheid van de curator om ten behoeve van deze schuldeisers op te treden, bestaat naar het oordeel van Kortmann en Faber dan in ieder geval geen grond.¹⁴¹ Elke individuele schuldeiser zal zijn vordering zelf kunnen instellen. Dit is echter anders indien de curator de 'Beklamel-norm' ten grondslag legt aan een vordering op grond van bestuurdersaansprakelijkheid. In de tweede plaats gaat het om gevallen waarin de derde onrechtmatig heeft gehandeld jegens één of meer schuldeisers, zonder dat de derde tevens onrechtmatig heeft gehandeld jegens de schuldenaar, maar waarbij het vermogen van de schuldenaar wél door toedoen van de derde is verminderd. Hierbij kan worden gedacht indien de schuldenaar een paulianeuze handeling met de derde heeft verricht. Dit is een Peeters q.q./Gatzen vordering. De schade van de schuldeisers is in dit geval een afgeleide van de vermogensvermindering van de schuldenaar, maar deze vermogensvermindering wordt niet opgeheven door de vorderingen tot schadevergoeding van de schuldenaar jegens de derde. Aan de schuldenaar komt een dergelijke vordering immers niet toe. De vordering moet daarom door de curator worden ingesteld. Van Andel leest hierin dat het standpunt van Kortmann en Faber aangeeft dat zij van oordeel zijn dat de Peeters q.q./Gatzen vordering niet tot de boedel behoort en dus ook niet via de boedel dient te worden afgewikkeld.¹⁴² De curator doet niet meer – en kan dan ook niet meer – dan de individuele vorderingen van benadeelde schuldeisers geldend maken. Het oordeel van de Hoge Raad, dat de derde tegenover de curator geen gebruik kan maken van alle verweren die hem wellicht tegenover bepaalde individuele schuldeisers ten dienste zouden hebben gestaan, achten zij niet in overeenstemming met artikel 6:145 BW, waarin is bepaald dat de overgang van een vordering de verweermiddelen van de schuldenaar onverlet laat. Vriesendorp stelt in zijn noot onder het THB-arrest dat de curator in het kader van de Peeters q.q./Gatzen vordering de belangen van de gezamenlijke schuldeisers behartigt. Het is niet een simpele optelsom van de behartiging van de belangen van alle individuele schuldeisers, maar van het geheel, dat meer is dan de som der de-

¹⁴⁰ HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 286, m.nt. Ma.

¹⁴¹ S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, 'De faillissementscurator: vertegenwoordiger of niet?', in 'De curator, een octopus', p. 159 e.v.

¹⁴² Van Andel 2006, p. 16.

len.¹⁴³ De curator moet het belang van de totaliteit der schuldeisers behartigen en dat belang is het belang van de boedel. Vriesendorp is van mening dat de vordering gericht op vergoeding van schade die de gezamenlijke schuldeisers als gevolg van een handelen van een derde hebben geleden, in het faillissement exclusief aan de curator toebehoort. De discussie tussen Kortmann, Faber en Vriesendorp, die geruime tijd in beslag neemt¹⁴⁴ lijkt uiteindelijk te leiden tot het standpunt dat de Peeters q.q./Gatzen vordering strekt tot het ongedaan maken van de benadeling in de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers. Het vorderen van een dergelijke collectieve schade past binnen de taak van de curator om de belangen van de gezamenlijke schuldeisers te behartigen. De boedel wordt weer in de toestand gebracht in de toestand waarin deze jegens hen had moeten verkeren.¹⁴⁵ Deze vordering behoort tot de boedel en moet door de curator tegen de derde worden ingesteld.

In een tweetal nadien opgekomen arresten was de vraag aan de orde of de bevoegdheid van de curator tot het instellen van een Peeters/Gatzen vordering jegens een derde, in de weg staat aan het instellen onrechtmatige daadsvorderingen door één of meer individuele schuldeisers jegens diezelfde derde.¹⁴⁶ De Hoge Raad overweegt dat waar het gaat om een aanspraak tot schadevergoeding van een benadeelde schuldeiser jegens een derde (en de derde zijn individueel geleden schade van die derde vordert) verstoring van de in het faillissement te handhaven *paritas creditorum* zich niet kan voordoen. In beide arresten vervolgt de Hoge Raad met de overweging:

‘De sedert 1983 in de rechtspraak aangenomen bevoegdheid van de curator om ten behoeve van door de gefailleerde benadeelde schuldeisers een vordering uit onrechtmatige daad in te stellen tegen een bij die benadeling betrokken derde staat ongeacht of de curator van deze bevoegdheid gebruik maakt of niet, niet eraan in de weg dat die schuldeisers een aan hen toekomende vordering zelf in rechte geldend maken. Voor een andersluidend oordeel zou, mede in verband met het bepaalde in artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM, een wettelijke grondslag vereist zijn. Deze kan echter, anders dan in verband met het bepaalde in artikel 49 Fw het geval zou zijn, noch in de Faillissementswet, noch in enige andere wettelijke bepaling worden gevonden.’¹⁴⁷

Deze arresten treffen voor- en tegenstanders. Iedere rechtsgeleerde schrijver leest er een bevestiging in van de eigen mening of juist een verwerping van de mening van anderen. Faber leest er een bevestiging in. De Hoge Raad moet zich bewust zijn geweest van het bijzondere karakter van de bevoegdheid van de curator en was daardoor niet bereid zonder enige wettelijke basis de belangen

¹⁴³ AAe 1997, p. 809-815.

¹⁴⁴ AAe 1998, p. 268-274 en 582-586.

¹⁴⁵ Verstijlen (1998), p. 123 en Van Koppen (1998) p. 140.

¹⁴⁶ HR 21 december 2001, NJ 2005, 95 (Lunderstädt/De Kok) en HR 21 december 2001, NJ 2005, 96 (Sobi/Hurks II), beide m.nt. Kortmann.

¹⁴⁷ Lunderstädt/De Kok, r.o. 3.4.4 en Sobi/Hurks II, r.o. 5.1.3.

van de benadeelde schuldeisers op te offeren aan ‘het collectief’¹⁴⁸ Kortman meent dat de Hoge Raad terecht oordeelt dat het gaat om een vordering van een schuldeiser tegen een derde. Deze vordering valt niet in de boedel en voor de opbrengst van die vordering geldt dan hetzelfde. De gebruikelijke handelswijze van curatoren om de opbrengst van de Peeters/Gatzen vordering in de boedel te laten vloeien is daarmee ook onjuist.¹⁴⁹ Verstijlen vindt de beslissing echter juist. Door de vordering (exclusief) bij de curator te laten wordt de boedel in de toestand gebracht waarin deze rechtens had dienen te zijn en kan iedere schuldeiser daaruit overeenkomstig zijn rang worden voldaan.¹⁵⁰ De paritas creditorum blijft daardoor gehandhaafd. Er is een wettelijke grondslag waarop die exclusiviteit kan worden gebaseerd: artikel 49 Fw voor de faillissementspauliana en artikel 68 Fw voor de (exclusieve) bevoegdheid tot beheer en vereffening van de boedel. Artikel 1 EP EVRM komt zijns inziens niet aan de orde. Ook Vriesendorp is die mening toegedaan.¹⁵¹ Koppen ziet problemen bij het naast elkaar bestaan van beide vorderingsrechten en met name bij de berekening van de schade die de individuele schuldeiser van de derde zou kunnen vorderen. Deze kan niet hoger zijn dan het gedeelte van het batig saldo dat, indien de onrechtmatige daad was uitgebleven, uiteindelijk in faillissement voor hem beschikbaar zou zijn geweest. De individuele schuldeiser is hierdoor zo afhankelijk van de curator, indien deze zelf ook een onrechtmatige daadsvordering instelt, dat alleen al om die reden de curator deze vordering exclusief zou moeten toekomen.¹⁵² Wezeman juicht de beslissing toe.¹⁵³ Van Eeghen verwijst naar het Erba I arrest, waarin de Hoge Raad reeds had geoordeeld dat de onrechtmatige daadsactie en de actio pauliana op dezelfde schade en hetzelfde feitencomplex betrekking kunnen hebben, zodat hij niet ziet dat de individuele schuldeiser naast de curator nog een actie toekomt. Het zou voor de individuele schuldeiser niet moeten uitmaken op welke wijze de boedel in de oude toestand wordt teruggebracht.¹⁵⁴

Als laatste in de rij van de arresten over de Peeters q.q./Gatzen vordering en de positie van individuele schuldeiser is voornamelijk het arrest De Bont/Bannenberg q.q.¹⁵⁵ Het lijkt de genadeslag voor de discussie over de exclusieve bevoegdheid van de curator en de opbrengt voor de boedel. De Hoge Raad herhaalt de overweging uit het Peeters/Gatzen-arrest en overweegt vervolgens:

¹⁴⁸ Noot onder JOR 2002/37 en JOR 2002/38. De Hoge Raad maakt z.i. terecht korte metten met de gedachte dat de bevoegdheid van de curator om een onrechtmatige daadsactie in te stellen tegen een derde die bij de benadeling van schuldeisers is betrokken exclusief zou zijn.

¹⁴⁹ Noot onder NJ 2005, 96.

¹⁵⁰ F.M.J. Verstijlen, ‘De onrechtmatige-daadsvordering wegens benadeling van schuldeisers binnen faillissement: één voor allen én ieder voor zich’, WPNR 6502, p. 617-626.

¹⁵¹ AAe 2002, p. 819-824.

¹⁵² TvI 2002, p. 173-180.

¹⁵³ Ondernemingsrecht 2002, p. 150-152.

¹⁵⁴ TvI 2002, p. 197-205 (i.h.b. p. 201).

¹⁵⁵ HR 16 september 2005, JOR 2006, 52, m.nt. Kortmann.

‘De onderhavige (primaire) vordering van de curator is evenwel niet ingesteld voor de gezamenlijke schuldeisers, maar voor de schuldeisers wier vorderingen zijn ontstaan na 31 juli 1998. Dienovereenkomstig is de curator niet van plan de opbrengst van de vordering bij het boedelactief te voegen, maar wil hij die, na aftrek van kosten, ten goede doen komen aan deze schuldeisers. Een zodanige behartiging van de belangen van deze individuele schuldeisers, die aan het feit dat hun vorderingen op Installogic na 31 juli 1998 zijn ontstaan geen bijzondere door de curator in acht te nemen positie in het faillissement van Installogic ontleen, valt buiten de grenzen van de in art. 68 lid 1 Fw aan de curator gegeven opdracht terwijl ook overigens in de Faillissementswet daarvoor geen grondslag valt te vinden.’¹⁵⁶

Verstijlen leest er wederom een bevestiging in van zijn standpunt.¹⁵⁷ Kortmann lijkt het te accepteren.¹⁵⁸

In het Voorontwerp is de Peeters q.q./Gatzen vordering gecodificeerd en heeft een andere naam gekregen: de ‘Vordering tot herstel van de boedel’ (artikel 3.2.8). In het geval van benadeling van de schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden door de schuldenaar kan de bewindvoerder herstel van de boedel vorderen van een derde die op een wijze die volgens artikel 6:162 BW onrechtmatig jegens de schuldeisers is, bij die benadeling betrokken was. Deze rechtsovereenkomst, alsmede de rechtsovereenkomsten gegrond op de artikelen 3.2.1 en 3.2.5 (pauliana) worden ingesteld door de bewindvoerder (artikel 3.2.9 lid 1 Voorontwerp), maar de schuldeisers kunnen op gronden, aan die bepalingen (3.2.1, 3.2.5 en 3.2.8 Voorontwerp) ontleend, de toelating van een vordering bestrijden (artikel 3.2.9 lid 2 Voorontwerp). Zij verjaren drie jaren nadat de bewindvoerder bekend is geworden met de benadeling door de schuldenaar en de betrokkenheid van de derde daarbij, en in ieder geval door verloop van twintig jaren na de gebeurtenis waardoor de benadeling is veroorzaakt. Artikel 3:52, lid 2 BW (artikel 3.2.9 lid 3 Voorontwerp).

Voor de ontvankelijkheid van de bewindvoerder is vereist dat hij ageert ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Dit criterium mag niet worden vereenzelvigd met het criterium ‘alle schuldeisers’. Het is niet vereist dat alle schuldeisers daadwerkelijk in hun verhaal zijn benadeeld. De bewindvoerder kan optreden ter behartiging van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, als er sprake is van generieke schuldeiserbenadeling.¹⁵⁹ Het moet niet gaan om de verhaalsbenadeling van een of meer specifieke schuldeisers, maar om een aantasting van het verhaalsvermogen van de schuldenaar, waarvan in beginsel alle schuldeisers nadeel ondervinden, zonder dat ieder van hen ook daadwerke-

¹⁵⁶ R.o. 3.5

¹⁵⁷ In zijn noot onder het arrest in JA 2005/109.

¹⁵⁸ Noot in JOR 2006, 52.

¹⁵⁹ Vgl. de noot van Vriesendorp onder de arresten Curatoren THB/Notarissen in AAe 1997/11, p. 814-815, alsmede onder het arrest Lunderstädt/De Kok in AAe 2002/11, p. 819 e.v. en Van Andel 2006, p. 27 met verdere verwijzingen.

lijk benadeeld behoeft te zijn.¹⁶⁰ De voorgestelde bepaling gaat, in navolging van de rechtspraak, ervan uit dat de derde tegen wie wordt geageerd, op onrechtmatige wijze is betrokken bij verhaalsbenadeling door de schuldenaar. Van Andel verdedigt dat een actie ook mogelijk moet zijn als de verhaalsbenadeling niet door de schuldenaar is veroorzaakt.¹⁶¹ Voor een dergelijke verruiming ziet de Commissie Insolventierecht onvoldoende rechtvaardiging.¹⁶²

Naar huidig recht is niet geheel zeker of de vordering alleen kan worden ingesteld bij een vermindering van het verhaalsvermogen of ook bij een vermeerdering van het passief. In het voorontwerp wordt ervan uitgegaan dat de vordering tot herstel van de boedel niet openstaat bij vermeerdering van het passief.¹⁶³ Deze beperking maakt het ook meer aanvaardbaar dat de opbrengst in de boedel valt. De vordering tot herstel van de boedel geeft slechts de mogelijkheid het ‘beschadigde’ verhaalsvermogen te repareren en, terug te brengen in de oude toestand. Rechtsvorderingen, gegrond op de artikelen 3.2.1, 3.2.5 en 3.2.8 Voorontwerp, worden ingesteld door de bewindvoerder. (Vgl. het huidige artikel 49 Fw). De exclusieve bevoegdheid van de bewindvoerder in de vordering tot herstel van de boedel van artikel 3.2.8 vindt in deze bepaling haar wettelijke grondslag, waardoor tegemoet is gekomen aan het door de Hoge Raad in *Lunderstädt/De Kok c.s.* (r.o. 3.4.3) en *Sobi/Hurks II* (r.o. 5.1.3) geopperde bezwaar dat voor de exclusiviteit een wettelijke grondslag ontbreekt.

Is hiermede de rol van artikel 1 EP EVRM uitgespeeld? Wat kunnen schuldeisers nog? Er moet mijns inziens worden aangenomen dat in overeenstemming met het *Agrotexim*-arrest de individuele schuldeiser nog steeds een actie kan instellen, maar dat het ‘will be justified only in exceptional circumstances, in particular where it is clearly established that it is impossible for the company to apply to the Convention institutions through the organs set up under its articles of incorporation or – in the event of liquidation – through its liquidators’.¹⁶⁴

Wat zijn deze bijzondere omstandigheden? In de eerste plaats kan worden gedacht dat de curator stil blijft zitten. Het kan ook zijn dat de schuldeiser ageert op grond van een, jegens hem, gepleegde onrechtmatige daad op grond van artikel 6:162 BW, de ‘Beklamel-vordering’.

6.10 Conclusie

Artikel 1 EP EVRM beschermt het ongestoord genot van eigendom. Het faillissement is een inbreuk op eigendomsrechten bij uitsteking, zowel voor de schulde-

¹⁶⁰ Vgl. de noot van Kortmann en Vermunt onder het arrest *De Bont/Bannenberg* q.q., AAe 2006, p. 732; zie ook M.L. Lennarts, *Ondernemingsrecht* 2006, p. 37-40.

¹⁶¹ Van Andel 2006, p. 73 e.v.

¹⁶² Toelichting Voorontwerp, Titel 8.

¹⁶³ Met o.a. Van Andel 2006, p. 42, en Van Schilfgaarde onder HR 16 september 2005, NJ 2006, 311 (*De Bont/Bannenberg* q.q.), par. 4.

¹⁶⁴ (*Agrotexim* e.a. v. Griekenland), par. 66.

naar als de schuldeisers. Het vermogen van de schuldenaar wordt uitgewonnen en de schuldeisers kunnen hun vorderingen niet meer verhalen of moeten anderen voorlaten. De boedel omvat alle goederen van de schuldenaar alsmede hetgeen hij ten tijde van het faillissement verkrijgt (artikel 20 Fw). De ECRM ziet het faillissement echter niet als een inbreuk op het eigendomsrecht van de schuldenaar, doch slechts als een tijdelijke maatregel, waarbij de schuldenaar het beheer over zijn eigendommen moet overlaten aan de bewindvoerder, hetgeen kan worden aangemerkt als een maatregel in overeenstemming met het algemeen belang. Toch komt artikel 1 EP EVRM in faillissementsprocedures vele malen aan de orde. Er bestaat een nauw verband tussen artikel 1 EP en artikel 6 EVRM, omdat het eigendomsrecht meestal ook kwalificeert als een naar nationaal recht erkend burgerlijk recht. Dit geldt ook ten aanzien van artikel 13 EVRM (het recht op een effectief nationaal rechtsmiddel bij – vermeende – schendingen van het EVRM). Bij geschillen over eigendomsrechten moet zijn voorzien in een adequaat systeem van nationale rechtsbescherming. Dit legt op de staat niet de verplichting op te treden in zuiver contractuele verhoudingen, die de betrokken partijen onderling moeten regelen.

In de faillissementsprocedure gaat het niet alleen om de eigendomsrechten van de schuldenaar, maar ook om de rechten van schuldeisers of derden, die hoewel zij niet zelf failliet zijn verklaard, door het faillissement van een ander, de aanspraken op hun eigendomsrechten kunnen verliezen, danwel in de uitoefening daarvan worden belemmerd. Zij moeten de uitoefening van aanspraken overlaten aan de curator of kunnen hun opschortingsrechten niet uitoefenen. Hierbij valt ook te denken aan de rechten van de eigenaar van bodemgoederen, indien de ontvanger gebruik maakt van het bodemvoorrecht, maar ook aan de positie van zekerheidsgerechtigden, leveranciers onder eigendomsvoorbehoud, aandeelhouders en de houders van andere persoonlijke rechten. Zo ontnemt het faillissement of de schuldsaneringsregeling de eigendomsaanspraken van menig schuldeiser, zonder enige, of slechts met een beperkte, vergoeding.

De vordering van de aandeelhouder. De Hoge Raad heeft in het arrest van Poot/ABP een heldere grens gesteld: indien aan een vennootschap door een derde vermogensschade wordt toegebracht door het niet behoorlijk nakomen van contractuele verplichtingen jegens de vennootschap of door gedragingen die jegens de vennootschap onrechtmatig zijn en deze vermogensschade brengt een vermindering van de waarde van de aandelen met zich mee, dan kan alleen de vennootschap uit dien hoofde van die derde, vergoeding van deze schade vorderen. Dit is slechts anders wanneer kan worden aangetoond dat de derde niet alleen onrechtmatig tegenover de vennootschap, maar ook in strijd met de jegens de aandeelhouder in privé vereiste zorgvuldigheid heeft gehandeld. Deze uitkomst is in lijn met de rechtspraak van het EHRM of het ICJ. Het gaat er dan om een samenloop van vorderingen en chaotische verhaalsituaties te voorkomen en de positie van andere schuldeisers tegenover die van aandeelhouders als ‘post-concurrente schuldeisers te beschermen. De bescherming die het EVRM, en

vooral artikel 1 EP EVRM, biedt gaat echter verder, met name indien geen samenloop kan of zal optreden. Aandeelhouders worden als ‘slachtoffer’ aangemerkt – en zijn in hun vordering tot vergoeding van hun ‘afgeleide’ schade ontvankelijk – indien het voor de rechtspersoon niet mogelijk is om zelf een vordering in te stellen (de onmogelijkheid-exceptie) of indien sprake is van hetgeen wordt aangeduid met de ‘Pine Valley-benadering’ of ‘vehicle approach’. Indien de rechtspersoon, of ingeval van faillissement, de curator, geen vordering instelt, of daarover geen overeenstemming kan bereiken en stil blijft zitten, dan kan de aandeelhouder het zelf doen. De aandeelhouder – en zeker een 100%-aandeelhouder – kan ook zelf een actie instellen. Indien hij meerderheidsaandeelhouder is en de rechtspersoon als een instrument ‘vehicle’ gebruikt om zijn economische activiteit uit te oefenen, of op een andere wijze (financieel) zeer nauw met zijn rechtspersoon verbonden is. In dergelijke gevallen zijn er geen conflicterende belangen (meer), omdat door de rechtspersoon en de aandeelhouders hetzelfde belang wordt nagestreefd. Het onderscheid tussen directe schade en afgeleide schade verdwijnt dan ook. Hiermee wijkt het EHRM af van de Poot/ABP-doctrine, waarbij de Hoge Raad oordeelde dat het zijn van meerderheidsaandeelhouder geen enkele invloed heeft op de ontvankelijkheid. Ten onrechte zijn mijns inziens de hierboven behandelde uitzonderingen, die het EHRM toestaat, of artikel 1 EP Protocol en artikel 13 EVRM niet genoemd. Nu het EHRM hiermee het maken van uitzonderingen openhoudt, waarbij de aandeelhouder wel kan opkomen voor vergoeding door de afgeleide schade, lopen de opvattingen van EHRM en de Hoge Raad uiteen. De Hoge Raad lijkt geen bijzondere omstandigheden toe te laten; het EHRM wel. Dit moet, afhankelijk van de omstandigheden, worden aangepast. In navolging van de Europese jurisprudentie hoort derhalve in Nederland op ruimere schaal plaats te zijn voor een zelfstandige actie van de (meerderheids/groot)aandeelhouder voor vergoeding van ‘afgeleide’ schade.

Bodemvoorrecht. Met het bodemvoorrecht verhaalt de fiscus de belastingschuld van de schuldenaar op de eigendommen van een derde. De belastingdienst geeft, op zich terecht, deze derden geen informatie of hun schuldenaar alle belasting heeft afgedragen, zodat de leverancier/derde daarop niet kan anticiperen. Hetgeen de belastingdienst op deze wijze verhaalt, – ± € 500.000 (NLG 1 miljoen) op een budget van ± € 100 miljard (NLG 233 miljard) in 1995 – is verwaarloosbaar. Nog los van het feit dat door alle ontwijkingsconstructies, die op zich geoorloofd zijn, de ultieme doelstelling van het insolventierecht, het behoud van de onderneming wordt ondermijnd. De proportionaliteit van deze maatregel is twijfelachtig. Hoewel artikel 1 EP EVRM wel de ruimte biedt voor deze inbreuk op het eigendomsrecht, zou dit voorrecht, in navolging van veel rechtsgeleerde schrijvers en commissies, moeten worden afgeschaft.

Omvang van de boedel. De schuldenaar staat met zijn gehele vermogen in voor al zijn schulden. De uitkering op grond van materiële en immateriële schade is daarvan onderdeel. Immateriële schadevergoeding valt in de boedel. Hoewel het

EVRM een verdragssluitende staat daartoe de mogelijkheid biedt, verdient het de voorkeur om in de lijn van het Ringeisen-arrest deze uitkeringen aan de schuldenaar te laten (en daarmee artikel 6:106 lid 2 BW) aanpassen.

De vordering tot herstel van de boedel. Deze vordering werd voorheen de ‘Peeters q.q./Gatzen vordering’ genoemd. Er is een parallel tussen de bestuurdersaansprakelijkheidsvordering en de vordering tot herstel van de boedel. Het gaat steeds om het vorderen van een collectieve schade die in beide gevallen past binnen de taak van de curator om de belangen van de gezamenlijke schuldeisers te behartigen. Beide acties dienen tot reconstructie van de boedel. In beide gevallen vloeit de opbrengst in de boedel, waardoor de benadeling van de verhaalsmogelijkheden van de gezamenlijke schuldeisers geredresseerd wordt. In beide gevallen is de gezamenlijkheid van de schuldeisers bepalend en wordt aan de positie van eventueel individueel eisende schuldeisers voorbij gegaan. Het gaat om de belangen van alle benadeelde schuldeisers, ook degenen wier vorderingen dateren van na de benadelende (rechts)handeling. Het is niet mogelijk deze vorderingen te splitsen, in die zin dat de curator deze vordering instelt ten behoeve van (slechts) een bepaalde groep schuldeisers. Het argument dat ook de overige faillissementsschuldeisers bij toewijzing baat kunnen hebben, omdat daardoor een aanzienlijk bedrag aan (preferente) vorderingen in het faillissement kan wegvallen, maakte dit niet anders. De Hoge Raad heeft nog niet, zoals bij artikel 49 Fw (de faillissementspauliana), aan individuele schuldeisers deze actie ontzegt. Ook de onrechtmatige daadvordering tegen een derde wegens benadeling van schuldeisers van de schuldenaar aan individuele schuldeisers is (nog) niet ontzegt. Daarvoor gold evenwel als doorslaggevend argument: het ontbreken van een (geschreven) wettelijke grondslag voor het ontnemen van dit recht aan de individuele schuldeiser, en daarmee de mogelijke strijd met artikel 1 EP EVRM. Het Voorontwerp wil dit gat wettelijk dichten. Bovendien heeft de Hoge Raad in het arrest Lunderstädt/De Kok I uitgesproken dat (thans al) het belang van een behoorlijke afwikkeling van het faillissement kan meebrengen dat indien ook de curator q.q., op grond van hetzelfde feitencomplex, een vordering uit onrechtmatige daad geldend maakt jegens een derde, eerst op deze vordering en pas daarna op die van de individuele schuldeiser wordt beslist. Indien er geen gevaar van samenloop (meer) bestaat, kan de individuele schuldeiser steeds opkomen om zijn schade te verhalen.

HOOFDSTUK 7

De rechtspositie van de betrokkenen nader beschouwd

7.1 Inleiding

Het faillissement is een gerechtelijk beslag op het gehele vermogen van de schuldenaar ten behoeve van zijn gezamenlijke schuldeisers. Dit vermogen wordt door de curator uitgewonnen en de opbrengst wordt onder de schuldeisers verdeeld. Heeft de schuldenaar een onderneming, dan wordt deze zoveel als mogelijk behouden. Is de schuldenaar een natuurlijke persoon dan dient de insolventieprocedure tevens om een ‘schone lei’ te verkrijgen. Alle schuldeisers hebben een gelijke rang, behoudens de door de wet erkende redenen van voorrang (artikel 3:277 BW). Een schuldeiser is degene, die krachtens een persoonlijke verbintenis het subjectief recht heeft van de schuldenaar een zekere prestatie te vorderen en die deze vordering kan verhalen op de goederen van zijn schuldenaar. De schuldeiser is de houder van een geldvordering of een andere vordering die leidt tot een geldvordering. Veel bepalingen uit de Faillissementswet, zoals het recht van de schuldeisers op pondspondsgewijze verdeling van de boedel zijn van openbare orde. Omdat het faillissement het karakter heeft van een executieregeling zijn veel bepalingen van dwingend recht. Voor doorbreking van deze dwingende regels met een beroep op maatstaven van redelijkheid en billijkheid, omdat het resultaat onaanvaardbaar zou zijn, is slechts zelden plaats. Door de verscheidenheid aan mogelijke schuldeisers en mogelijke vorderingen kent het faillissement aspecten van civiel-, straf- en bestuursrecht. Faillissementen hebben soms grote maatschappelijke gevolgen. Het faillissement is het strijdperk van conflicterende belangen tussen de schuldenaar en zijn schuldeisers en derden, die zelf geen verantwoordelijkheid dragen voor of controle hebben over de gevolgen van een faillissement. Deze strijd wordt geleid door de curator onder het toezicht van de rechter-commissaris. Hierin komt het regelmatig tot botsing of beperking van zeer diverse (grond)rechten en belangen.

7.2 Indeling van dit hoofdstuk

In dit laatste hoofdstuk worden de belangrijkste conclusies uit het onderzoek naar voren gebracht en de posities van de betrokken rechtssubjecten bij insolventieprocedures nader beschouwd: de schuldenaar (7.3), de schuldeisers en derden (7.4), de rechter-commissaris (7.5), waarbij ik teruggrijp op eerdere conclusies in de vorige hoofdstukken. Met betrekking tot de curator/bewindvoerder ga ik in 7.6 uitgebreider in op diens positie zoals deze nu is en – op basis van mijn onderzoek – zou moeten zijn.

7.3 De schuldenaar

‘Het onvermogen van kooplieden, om met hunnen betalingen voort te gaan behoort voorzeker niet tot de zeldzaamste wisselvalligheden van de handelsstand’. Met deze woorden begint de aantekening op het derde Boek van het Wetboek van Koophandel dat als opschrift draagt: ‘Van de voorzieningen in geval van onvermogen van kooplieden’. Het Wetboek van Koophandel werd op 1 oktober 1838 ingevoerd en had, in navolging van de van 1811 tot 1838 hier te lande geldende Franse Code de Commerce, slechts betrekking op kooplieden. Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bevatte een regeling voor niet-kooplieden: ‘Van den staat van kennelijk onvermogen.’ In beide gevallen ging het om een regeling waarbij de goederen van de schuldenaar werden geliquideerd en de opbrengst, ter gehele of gedeeltelijke voldoening van de schulden, onder de schuldeisers werd verdeeld. Het verschil tussen beide regelingen was, dat een koopman failliet kon worden verklaard wanneer hij ophield te betalen, terwijl het moeilijker was een niet-koopman in staat van onvermogen te doen verklaren. In de huidige Faillissementswet is dit verschil tussen kooplieden en niet-kooplieden opgeheven. De hierboven genoemde aantekening heeft echter niets aan kracht verloren. Een schuldenaar is nog steeds een rechtspersoon of een natuurlijke persoon. Nadat een akkoord is gehomologeerd en de beschikking in kracht van gewijsde is gegaan, eindigt het faillissement van de schuldenaar. Het gerechtelijk beslag wordt opgeheven en de schuldenaar krijgt het beheer en de beschikking over zijn vermogen terug, voor zover in het akkoord geen andere afspraken zijn gemaakt. Indien de staat van insolventie intreedt (artikel 173 Fw), dan heeft dit de ontbinding van de failliet verklaarde rechtspersoon tot gevolg (artikel 2:19 lid 1 sub c BW).

Faillissementen hebben soms grote maatschappelijke gevolgen. Dat geldt niet alleen voor geruchtmakende déconfitures, zoals destijds van DAF of Fokker. Vrijwel elk faillissement is een bron van persoonlijk of zakelijk leed. Op 1 december 1998 is de WSNP in werking getreden. Natuurlijke personen die niet geholpen kunnen worden met een minnelijke schuldregeling kunnen de rechter om een wettelijke schuldsanering verzoeken. Van oudsher geldt in het burgerlijk recht het beginsel dat financieel onvermogen geen grond is waarop iemand zich kan beroepen als hij zijn financiële verplichtingen niet na kan komen. Noch in het geval waarin het onvermogen buiten de schuld van de schuldenaar is ontstaan, noch in het geval waarin het onvermogen te voorzien was. Als iemand eenmaal schulden heeft, dan volgt uit artikel 3:276 BW, dat schuldeisers die mogen verhalen op de (toekomstige) goederen en het inkomen van een schuldenaar. De verhaalbaarheid verjaart sinds 1992 soms al na enkele jaren (artikel 3:307e e.v. BW) maar in ieder geval na 20 jaar (artikel 3:306 BW, uitgezonderd milieuschade; artikel 3:310 lid 2 BW). Omdat deze verjaring vrijwel onbeperkt gestuit kan worden, kan er voor schuldenaren/natuurlijke personen in de praktijk een situatie van levenslange aansprakelijkheid ontstaan. Dat dit voor deze schuldenaren een problematische situatie is, spreekt voor zich. Het werd wel gety-

peerd als een ‘levenslange horigheid’. Dat er omstandigheden zijn die de vraag rechtvaardigen of het redelijk is dat iemand aan zijn overeenkomsten gehouden blijft, werd al door Molengraaff onderkend. In de loop der jaren zijn dan ook diverse voorstellen gedaan om die levenslange aansprakelijkheid onder bepaalde omstandigheden op te heffen. Deze voorstellen hebben tot de WSNP in werking trad echter nooit tot wetgeving of wetswijzigingen geleid, omdat er geen of onvoldoende politiek draagvlak voor was. Toen het wetsvoorstel voor de WSNP in de Tweede kamer werd behandeld zei Minister van Justitie Sorgdrager:

‘Het uitgangspunt in het recht is en blijft dat een schuldenaar zijn verplichtingen nakomt. Het wetsvoorstel biedt geen gemakkelijke ontsnappingsroute aan mensen die er bij wijze van spreken maar op los leven en onverantwoord de ene schuld boven op de andere maken. Maar indien de schuldenlast, bijvoorbeeld door een samenloop van tegenslagen, zodanig kwellend wordt dat er geen uitzicht op voldoening van de schuldenlast bestaat en er door voortdurende dreiging van executie-maatregelen het maatschappelijk functioneren van de betrokkene wordt verstoord en uiteindelijk zelfs wordt verhinderd, dan moge het duidelijk zijn dat er in dat geval gewoon een taak voor de wetgever ligt.’

Omdat veel schuldenaren niet tot de WSNP worden toegelaten, of deze regeling weer zonder ‘schone lei’ verlaten, blijft voor hen deze ‘levenslange horigheid’ bestaan. De WSNP kan worden gezien als een instrument ter bescherming van de persoonlijk levenssfeer van de schuldenaar en zijn gezin. De ‘schone lei’ kan daarmee worden gezien als een grondrecht. Het is echter geen absoluut recht en het wordt aan voorwaarden en beperkingen onderworpen.

Ook al heeft de schuldenaar tijdens de schuldsaneringsregeling of het faillissement recht op eerbiediging van de grondrechten die in artikel 8 EVRM zijn genoemd (het privéleven, het gezinsleven, de woning en de correspondentie) dan nog zijn daarop vele inbreuken door de curator of bewindvoerder noodzakelijk geoordeeld om de rechten van met name de schuldeisers te waarborgen. Hier kunnen de grondrechten van de schuldenaar en de schuldeisers botsen. Het vorderingsrecht van de schuldeiser kan worden gezien als een eigendomsrecht dat beschermd wordt onder artikel 1 EP EVRM. Indien de schuldenaar een schone lei wordt verleend, resteert voor de schuldeiser slechts een natuurlijke verbintenis. De rechtspositie van de natuurlijke persoon, waarop de WSNP van toepassing is of die in staat van faillissement is verklaard, is lange tijd onderbelicht gebleven. De schuldenaar moet in ruime mate inbreuken op zijn privéleven en gezinsleven toestaan. Op de schuldenaar rust de verplichting om voor de curator, de rechter-commissaris en de commissie uit de schuldeisers te verschijnen en alle inlichtingen te verschaffen, waarvan hij weet of moet begrijpen dat zij in het belang zijn voor een doeltreffende afwikkeling van het faillissement. Bij een faillissement van een persoon die in gemeenschap van goederen is gehuwd of in gemeenschap van goederen een geregistreerd partnerschap is aangegaan, rust deze verplichting op ieder van de echtgenoten, onderscheidenlijk de geregistreerd partner, voor zover hij heeft gehandeld. Indien de schuldenaar een

rechtspersoon, is rust deze verplichting op de (ex-)bestuurder en de (ex-)commissaris. De curator en rechter-commissaris kunnen de verkregen informatie doorgeven aan derden. De curator kan, of misschien wel moet, deze informatie, al dan niet in de vorm van een strafrechtelijke aangifte, doorgeven aan de rechter-commissaris of de officier van justitie. De schuldenaar zelf heeft geen onbeperkt toegang tot de informatie die de curator over hem verzamelt. De curator brengt deze informatie vaak in de openbaarheid. Veel schuldeisers vragen toegang tot de informatie die de curator verzamelt, danwel om zich een beeld te vormen over het beleid van de curator, om de curator daarbij te adviseren of om zichzelf in een betere verhaalspositie te brengen. Omdat met name in het digitale tijdperk de toegang tot en de verwerking en doorgifte van gegevens weinig grenzen meer kent, wordt voorgesteld dat het College bescherming persoonsgegevens, tezamen met Recofa en Insolad, beleid formuleert op welke wijze de curator de persoonsgegevens van de schuldenaar, bestuurders en anderen, zoals schuldeisers en werknemers moet verzamelen, vastleggen, bewaren, of op de één of andere manier naar buiten mag brengen.

De correspondentie. De postblokkade vormt een ernstige inbreuk op de privacy van de schuldenaar en zijn gezin, maar ook van hen van wie de correspondentie afkomstig is. Het is al te vaak een bron van misverstand en ongenoegen, omdat niet altijd duidelijk is wanneer en door wie de correspondentie van de schuldenaar wordt gelezen. Indien door de schuldenaar niet adequaat wordt gereageerd, kunnen deze misverstanden aanleiding zijn om de schuldsaneringsregeling, zonder schone lei, te beëindigen. Het gaat dan steeds om de correspondentie die het postbedrijf, in plaats van aan de schuldenaar, aan de curator aflevert. De curator moet alle post onmiddellijk aan de schuldenaar doorsturen op een wijze dat deze niet opnieuw door de postblokkade wordt getroffen, maar dat gaat vaak mis. Er is geen specifieke regelgeving met ‘adequate and effective safeguards’ met betrekking tot welke correspondentie moet worden doorgezonden en geopend en de periode gedurende welke en de wijze waarop dit mag plaatsvinden. Deze nieuwe regelgeving moet in elk geval een maximale termijn stellen en een regeling voor voortzetting inhouden. Anders dan in het Voorontwerp Insolventiewet is aangegeven mag de postblokkade geen betrekking hebben op emailverkeer voordat de Grondwet op dit punt is aangepast.

De woning. Bij de woning gaat het niet alleen om bescherming van de huisvrede en de vraag wie mag binnentreden, maar ook om hetgeen daarin aanwezig is en het huis zelf, als vermogensobject. Indien de rechter-commissaris toestemming verleent voor de verkoop van het woonhuis waarin de schuldenaar en zijn kinderen in gezinsverband samenwonen, dan zou de rechter-commissaris hieraan extra aandacht moeten schenken. Hij kan de schuldenaar een termijn toestaan, afhankelijk van de diverse belangen, het gedrag van de echtlieden in de periode voorafgaande aan het faillissement, de financiële positie en de belangen van met name de kinderen. Hetzelfde geldt voor de ontvanger die zijn bodembeslag uitwint op de roerende zaken in de gezamenlijke woning. Indien het bodembeslag

wordt gelegd ter zake van belastingschulden van (bijvoorbeeld) de man op inboedelgoederen waarvan de vrouw eigenaresse is, terwijl de echtlieden buiten gemeenschap van goederen zijn gehuwd. In dat geval zou dit beslag op en de verkoop van deze inboedelgoederen niet moeten worden gehonoreerd indien zonder deze inboedelgoederen, een menswaardig bestaan niet goed mogelijk is.

Inzage in niet openbare gedeelte faillissementsdossier. De curator heeft de taak informatie over de schuldenaar te verzamelen en deze informatie weer door te geleiden naar de rechter-commissaris, de schuldeisers of anderen. Omdat de privacy van de schuldenaar en van vele direct betrokkenen moet worden beschermd, moet bij het openbaar maken van informatie grote terughoudendheid worden betracht. De schuldenaar heeft zelf geen onbeperkt recht op inzage van zijn eigen dossier, maar hij moet mijns inziens het niet openbare gedeelte van zijn faillissementsdossier altijd mogen inzien. Het niet mogen inzien is in strijd met artikel 8 EVRM. Dit verbod moet bij de wet zijn voorzien. Dat is thans niet het geval.

Vrijheidsontneming. Op grond van artikel 5 EVRM kan de schuldenaar door de rechtbank reeds bij het vonnis van faillietverklaring in verzekerde bewaring worden gesteld. Na faillietverklaring kan dat alleen op voordracht van de rechter-commissaris, danwel op verzoek van de curator of één of meer schuldeisers. In het laatste geval wordt de rechter-commissaris gehoord. Gezien de aard van het dwangmiddel, is het niet nodig dat de schuldenaar vooraf wordt gehoord of wordt opgeroepen. Artikel 5 lid 3 EVRM schrijft dit ook niet voor. De schuldenaar zou te zeer de gelegenheid hebben om de werking van het dwangmiddel, door vlucht of anderszins, te frustreren. Teneinde niet in strijd met het EVRM te komen verdient het aanbeveling dat de rechter, die ingevolge artikel 87 Fw een bevel geeft dat de schuldenaar in bewaring wordt gesteld, steeds gelast dat binnen vier dagen na de tenuitvoerlegging van het bevel, de schuldenaar wordt geleid voor de rechter, die het bevel gaf of voor de rechter-commissaris in het faillissement, om te worden gehoord. Dit lijkt echter alleen nodig indien de schuldenaar nog niet eerder is gehoord.

Het verbod om de woonplaats, zonder toestemming, te verlaten. Het vrije verkeer van de schuldenaar is geregeld in artikel 2 Vierde Protocol EVRM. Een verbod daartoe is destijds nodig geoordeeld omdat de schuldenaar bij voortdurend bereikbaar moet zijn voor het geven van inlichtingen. Onder het Voorontwerp kan de bewindvoerder het verbod op leggen. Dit moet worden overgeheveld naar de rechter-commissaris. Het verbod te reizen moet terughoudend worden toegepast. De rechter-commissaris kan het paspoort innemen of de vervaltenverklaring doen opnemen in het register paspoort-signalering, zonder de schuldenaar daarover te informeren. Dit is in strijd met artikel 2 Vierde Protocol EVRM.

Het recht op een eerlijk proces. Artikel 6 EVRM geeft proceswaarborgen indien er een geschil is over burgerlijke rechten en verplichtingen of de gegrondheid van een ingestelde strafvervolging. Het faillissement wordt niet steeds gezien als een geschil waarbij dat gebeurt. De onderscheiden rechten, zoals de toegang tot de rechter, de redelijke termijn, hoor en wederhoor en de onafhankelijkheid van de rechter gelden in vrijwel alle deel procedures het faillissement betreffende. Zij vereisen steeds bijzondere aandacht, zowel voor de schuldenaar, de schuldeisers, als de curator.

De omvang van de boedel. Een uitkering op grond van immateriële schade valt in de boedel. Hoewel het EVRM een verdragssluitende staat daartoe de mogelijkheid biedt verdient het de voorkeur om in de lijn van het Ringeisen-arrest¹ deze uitkeringen aan de schuldenaar te laten en daarmee artikel 6:106 lid 2 BW aan te passen.

Fraude. In het voorontwerp Insolventiewet is de bepaling opgenomen dat de bewindvoerder, die een redelijk vermoeden heeft dat de schuldenaar een misdrijf heeft gepleegd, als bedoeld in titel XXVI van het tweede Boek van het Wetboek van Strafrecht, of zich schuldig heeft gemaakt aan een poging tot, voorbereiding van of deelneming aan een dergelijk misdrijf, de verplichting heeft de rechter-commissaris hierover te informeren (Artikel 4.2.14 Voorontwerp). De rechter-commissaris kan vervolgens beslissen om de bewindvoerder al dan niet een aanwijzing te geven om aangifte te doen (artikel 4.3.4 Voorontwerp) of om zelf aangifte te doen. Deze verplichting is opgenomen met het oog op de bestrijding van insolventiefraude. Deze verplichting volgt niet uit de Faillissementswet en wordt ook thans niet algemeen aangenomen. Fraudebestrijding is op zich belangrijk, maar de curator zou hiermee niet moeten worden belast, zonder duidelijke instructienormen.

7.4 De schuldeisers en derden

Het faillissement maakt inbreuk op de eigendomsrechten van de schuldeisers. Zij kunnen in de regel hun vorderingsrechten niet meer uitoefenen. Het begrip ‘eigendom’ waarvoor artikel 1 EP EVRM de bescherming biedt, is veel ruimer dan het privaatrechtelijke begrip ‘eigendom’, waarop artikel 14 Gw betrekking heeft. Het beschermt ook beperkte zakelijke rechten en contractuele rechten met een economische waarde, zoals een vordering op grond van onrechtmatige daad. Het ontnemen van eigendom zonder daartegenover een bedrag te betalen dat redelijkerwijs in verhouding staat tot de waarde ervan, zal normaliter een onevenredige storing opleveren en het ontbreken van enige vorm van compensatie kan slechts onder uitzonderlijke omstandigheden rechtvaardig worden geacht. De bescherming van het privé-leven van de schuldenaar in de WSNP wint het

¹ EHRM 22 juni 1972, no. 2614/65 (Ringeisen v. Oostenrijk), (art. 50), par. 27; EHRM 23 juni 1973, no. 2614/65 (Ringeisen v. Oostenrijk (Interprétation)).

van het grondrecht van de schuldeiser op basis van artikel 1 EP EVRM. Een schuldeiser moet na opening van de insolventieprocedure in de regel afwachten of hij, nadat de curator klaar is, nog wat ontvangt. Hij kan zijn vordering ter verificatie indienen en andere vorderingen betwisten maar kan verder niet veel doen.

Gebruik, verbruik en vervreemding. Gedurende de insolventieprocedure heeft de bewindvoerder onder omstandigheden het recht om goederen die aan derden toebehoren, te gebruiken, te verbruiken en te vervreemden. Dit leerstuk is reeds door de MDW-werkgroep geïntroduceerd en is in het Voorontwerp nader uitgewerkt. Aan de derde die zijn rechten tot verhaal of tot opeising door de afkoelingsperiode niet kan uitoefenen en daardoor onevenredige schade lijdt, komt een, zo nodig door de rechter-commissaris, naar redelijkheid te bepalen vergoeding toe. Dit is wel in overeenstemming met artikel 1 EP EVRM, maar het zou aanbeveling verdienen om de grondslag van deze vergoeding nader aan te geven.

Bodem(voor)recht. Het bodem(voor)recht maakt inbreuk op de rechten van schuldeisers indien hun goederen door een bodembeslag worden getroffen. Omdat artikel 1 EP EVRM dergelijke inbreuken toestaat als het gaat om de betaling van belastingen, lijkt er weinig tegen te doen. Echter, de ultieme doelstelling van het insolventierecht, het behoud van de onderneming, wordt door gebruik van dit voorrecht ondermijnd en de proportionaliteit van deze maatregel is twijfelachtig gezien de disproportionaliteit (de getroffen is feitelijk nooit de belastingsschuldige, maar een derde), de economische schade die er door wordt toegebracht en de te verwaarlozen opbrengst die daartegenover staat, lijkt afschaffing in navolging van veel rechtsgeleerde schrijvers en commissies thans daadwerkelijk te overwegen.

Vordering tot herstel van de boedel. Er bestaat een zekere frictie tussen het vorderingsrecht van een schuldeiser tegen een derde die deze schuldeiser schade heeft berokkend en de vordering van de curator namens de gezamenlijke schuldeisers tegen diezelfde derde. Sedert het roemruchte Peeters/Gatzen-arrest uit 1983 is in de rechtspraak aangenomen dat de curator een vordering uit onrechtmatige daad kan instellen tegen een bij die benadeling betrokken derde. Lange tijd was onzeker of de schuldeiser dit ook kon voor zijn eigen schade. Ongeacht of de curator van deze bevoegdheid gebruik maakt, staat niets eraan in de weg dat die schuldeiser een aan hem toekomende vordering zelf in rechte geldend maakt. Voor een andersluidend oordeel zou, mede in verband met het bepaalde in artikel 1 EP EVRM, een wettelijke grondslag vereist zijn. Deze kan echter, anders dan in verband met het bepaalde in artikel 49 Fw het geval zou zijn, in de Faillissementswet noch in enige andere wettelijke bepaling worden gevonden. Het Voorontwerp geeft de grondslag wel (artikel 3.2.9), maar gelijk de vordering van de aandeelhouder, blijft een eigen vordering van de benadeelde schuldeiser mogelijk.

De vordering van aandeelhouder. Op grond van het arrest in Poot/ABP kan, indien aan een vennootschap door een derde vermogensschade wordt toegebracht door het niet behoorlijk nakomen van contractuele verplichtingen jegens de vennootschap of door gedragingen die jegens de vennootschap onrechtmatig zijn en deze vermogensschade een vermindering van de waarde van de aandelen meebrengt, alleen de vennootschap uit dien hoofde van die derde vergoeding van deze schade vorderen. Dit is anders wanneer kan worden aangetoond dat de derde niet alleen onrechtmatig tegenover de vennootschap, maar ook in strijd met de jegens de aandeelhouder in privé vereiste zorgvuldigheid heeft gehandeld. Men komt tot dezelfde conclusie indien men de rechtspraak van het EHRM of het ICJ op dit punt beziet. De bescherming die het EVRM, en met name artikel 1 EP EVRM, biedt gaat echter verder. Aandeelhouders worden als ‘slachtoffer’ aangemerkt, indien het voor de rechtspersoon niet mogelijk is om zelf een vordering in te stellen (de onmogelijkheidexceptie) of indien sprake is van, hetgeen wordt aangeduid als, de ‘Pine Valley-benadering’ of ‘Vehicle approach’. Indien de rechtspersoon, of in het geval van faillissement, de curator, geen vordering instelt, of daarover geen overeenstemming kan worden bereikt en de partijen blijven stilzitten, kan de aandeelhouder het zelf doen. Dit kan ook indien de aandeelhouder een meerderheidsaandeelhouder – en zeker een 100% – aandeelhouder is en de aandeelhouder de rechtspersoon als een ‘vehicle’ gebruikt om zijn economische activiteit uit te oefenen, of op een andere wijze (financieel) zeer nauw met zijn vennootschap verbonden is of daarvan afhankelijk is. Dit is in tegenspraak met de Poot/ABP-doctrine. De Hoge Raad oordeelde dat het zijn van meerderheidsaandeelhouder geen enkele invloed heeft en noemt de uitzonderingen die het EHRM heeft gegeven en die in deze situatie van belang kunnen zijn, of de artikelen 13 en 1 EP Protocol EVRM niet. Dit is mijns inziens onjuist en moet, afhankelijk van de omstandigheden, worden aangepast. Schending van deze in het EVRM geformuleerde rechten kan immers leiden tot het buiten toepassing verklaren van de formele Nederlandse wet op grond van artikel 94 Gw.

Samenloop van vorderingen. Onder omstandigheden kunnen de curator en een schuldeiser eenzelfde vordering instellen. De curator kan de bestuurder van een gefailleerde rechtspersoon aanspreken op grond van artikel 2: 138 en 2:248 BW. De ontvanger heeft een zelfde vorderingsrecht op grond van artikel 36 IW. Een andere schuldeiser zou de bestuurder kunnen aanspreken op grond van artikel 6:162 BW. Samenloop kan ook bestaan indien een schuldeiser de bestuurder aanspreekt op grond van de ‘Beklamel’-norm en de curator diezelfde grondslag gebruikt voor het kennelijk onbehoorlijk bestuur van die bestuurder. De curator, maar ook een schuldeiser, kan een strafklacht indienen. In een strafzaak tegen de schuldenaar of een bestuurder kan de curator, maar ook een individuele schuldeiser zich al belanghebbende melden. De hoofdregel lijkt te zijn dat samenloop moet worden vermeden, dat de curator voorrang krijgt en de individuele schuldeisers moeten wachten (6.8.6). Dit is anders indien samenloop niet meer kan plaatsvinden.

Redelijke termijn. De curator die een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure tegen de bestuurder van de schuldenaar aanvangt is gebonden aan ‘de redelijke termijn’. Indien deze termijn niet in acht wordt genomen dan kan dit reden zijn voor matiging van schade of afzien van heffing van rente over het bij gedaagde in te vorderen bedrag. Indien de bestuurder als gevolg van vertraagde afhandeling in een ongunstiger processuele of bewijsspositie is komen te verkeren of materiele schade heeft geleden, dan kan aansprakelijkheidstelling niet meer mogelijk zijn (5.5.7).

Hoor en wederhoor. Indien een insolventieprocedure een internationale component heeft moeten bij de aanvraag de grootste en belangrijkste schuldeisers worden gehoord. Dat geldt ook indien de aanvraag een natuurlijke persoon betreft (3.6.1).

Bestuurlijke en strafrechtelijke boeten kunnen niet worden geverifieerd, indien de dagtekening van de boete ligt na die van de faillietverklaring. Veel schuldeisers hebben de mogelijkheid hun vordering te innen via het Centraal Justitieel Incasso Bureau (CJIB). Omdat het CJIB slechts een beperkte mogelijkheid om een minnelijk schuldhelptraject kans van slagen te geven wordt veel natuurlijke personen om deze reden de toegang tot de WSNP ontnomen (3.5.1).

7.5 De rechter-commissaris

In een insolventieprocedure ontleent de rechter-commissaris zelf geen specifieke rechten aan de grondrechten. Hem komt in het kader van zijn in de Faillissementswet neergelegde functie ook geen beroep op grondrechten toe. Hij zal, indien hij zich tot het EHRM zou wenden, niet-ontvankelijk worden verklaard (artikel 34 EVRM). Zijn belangrijkste taak is erop toe te zien dat alle betrokkenen deze rechten respecteren en de geschillen, die daaruit voortvloeien, te beslechten. Grondrechten van anderen geven de rechter-commissaris dan ook voornamelijk verplichtingen. Hierbij kan worden gedacht aan het toepassen van hoor en wederhoor, het motiveren van zijn beslissingen en het handhaven van zijn onpartijdigheid. Een van de belangrijkste verplichtingen is er voor zorg te dragen dat het faillissement binnen een redelijke termijn wordt afgewikkeld. Gebeurt dat niet, dan kan zowel de schuldenaar als een schuldeiser daarover klagen. In dit kader is het niet alleen verstandig, maar ook verheugend, dat een wetsvoorstel in voorbereiding is volgens welk burgers, die te lang op een rechterlijke uitspraak moeten wachten, financiële compensatie krijgen. Dit voorkomt een rechtsgang naar Straatsburg.

Het respecteren van grondrechten van derden brengt voor de rechter voornamelijk werk mee. Vrees voor overbelasting van de rechter(-commissaris), bijvoorbeeld omdat hoor en wederhoor moet worden toegepast (bij de salarissvaststelling van de curator), mag nooit een reden zijn een betrokken rechtssubject zijn rechten dienaangaande te ontnemen (3.6.1).

De toegang tot de rechter-commissaris op grond van artikel 69 Fw moet ook openstaan voor andere belanghebbenden dan schuldeisers, de commissie uit hun midden en de schuldenaar(3.3.2).

Fouten van de rechterlijke macht, waardoor een schuldenaar de toegang tot een appelinstantie wordt onthouden mogen nooit op de schuldenaar worden afgewenteld (3.3.3).

Het verdient aanbeveling tot een nieuwe regeling te komen voor het vaststellen van vorderingen, die op de verificatievergadering worden betwist. Die regeling moet mijns inziens inhouden dat over deze vorderingen op korte termijn kan worden beslist binnen de grenzen die artikel 6 EVRM daarvoor geeft. Teneinde alle schuldeisers zo spoedig mogelijk duidelijkheid te verschaffen over hun positie moet artikel 108 Fw strikt moeten worden nageleefd (3.8.1).

7.6 De curator/bewindvoerder

De curator is zo oud als het faillissement.² Uit de Memorie van Toelichting bij de huidige Faillissementswet blijkt dat destijds (in 1896) is aangedrongen op de benoeming van twee curatoren, waarvan één gekozen uit de schuldeisers. De hoge kosten, die daaruit voortvloeien zouden ruimschoots opwegen tegen de voordelen. Er bestond een te grote toegevendheid van de curator tegenover de schuldenaar, hetgeen in het nadeel van de boedel was. ‘Menigeen gaat er te licht toe over, zich failliet te geven; hij zet zijne zaken met behulp van de curator voort en wordt uit de boedel onderhouden, terwijl de schande, vroeger aan een faillissement verbonden, den gefailleerde nauwelijks meer vervolgt’.³ Uit het verslag van de Tweede Kamer blijkt dat ook is overwogen om naast de curator een comptabele ambtenaar te benoemen, overeenkomende met de Engelse Official Receiver: een bezoldigd ambtenaar, die gedeeltelijk de taak van de rechter-commissaris en gedeeltelijk die van de curator vervult, maar omdat de wet op dat punt (het beheer bij de curator en het toezicht bij de rechter-commissaris) tot dan toe bevredigend had gewerkt, bestond er geen aanleiding tot het scheppen van een nieuwe categorie van ambtenaren, naar Engels model.⁴ Wel zou moeten worden gewaakt voor lichtvaardige benoemingen. Uitsluitend ‘degelijke en onkreukbare personen’ dienden als curator te worden aangesteld.

Heden ten dage wordt door de rechtbank voor de afwikkeling van een insolventieprocedure een curator of bewindvoerder aangesteld die daarmee wordt belast. Bij de keuze wie wordt aangesteld laat de rechtbank zich door tal van, niet altijd geheel duidelijke, omstandigheden leiden. De bewindvoerder in een wettelijke schuldsaneringsregeling van een natuurlijke persoon, die geen onderneming drijft, is in de regel een medewerker van een gemeentelijke kredietbank of

² J.C. van Apeldoorn, ‘De curator’, AAe, september 2003.

³ Van der Feltz I, p. 324-325.

⁴ Van der Feltz II, p. 11-12.

schuldhulporganisatie. De curator of bewindvoerder in een faillissement en een surseance is meestal een advocaat.⁵ Zij worden bij voorkeur uit de leden van de balie gekozen omdat dat ‘zodanig grote voordelen heeft, dat deze beleidslijn bestendiging behoeft’, aldus een rapport op gezamenlijk verzoek van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en de Nederlandse Orde van Advocaten uit 1971.⁶ In sommige landen is de afwikkeling van insolventieprocedures (deels) in handen van de overheid. In Engeland en Australië: de Official Receiver, in de Verenigde Staten van Amerika: de U.S. Trustee en in Zwitserland: het Office des poursuites et faillites. Mede gezien de problemen die soms ontstaan bij de honorering van de curator, maar ook bij de functieomschrijving en maatschappelijke verantwoordelijkheden van de curator, die vaak verder gaan dan beheer en vereffening van de boedel, is dit een regelmatig terugkerend onderwerp.⁷

De menselijke integriteit, die door de grond- en mensenrechten wordt gewaarborgd, moet door de curator worden gerespecteerd. De Insolad Praktijkregels bepalen dat de curator zich jegens alle belanghebbenden integer (hetgeen wil zeggen eerlijk en betrouwbaar) moet gedragen.⁸ Hij moet streven naar objectiviteit in zijn oordeelsvorming, onafhankelijk zijn, zijn werkzaamheden zorgvuldig, vakkundig en doelmatig uitvoeren met inachtneming van professionele deskundigheid en zich overigens fatsoenlijk en respectvol gedragen jegens eenieder met wie hij, in de uitoefening van de aan hem opgedragen taak, handelt.⁹ Deze opdracht heeft tot doel te waarborgen dat insolventieprocedures met een hoge mate van zekerheid in overeenstemming met de wettelijke en andere voorschriften worden behandeld en afgewikkeld. In het algemeen zal de curator zich in de uitoefening van de hem opgedragen taak moeten gedragen in overeenstemming met hetgeen onder gelijke omstandigheden van een vakbekwaam en redelijk handelend curator mag worden verwacht. Binnen het kader van de wettelijke en overige voorschriften waarborgt hij bij de uitoefening van zijn werk-

⁵ In bijzondere gevallen worden ook personen buiten de advocatuur als medecurator aangesteld, met name indien de aard van de onderneming een specifieke deskundigheid vereist. Zie bijv. Aanvullingen c.q. afwijkingen van de rechtbank Den Bosch (unit insolventies) op de landelijke richtlijnen in faillissementen en surseances: regel 6a: Als regel worden accountants of andere deskundigen dan advocaten en procureurs niet tot curator of medecurator benoemd.

⁶ Adv. bl. 1971, p. 163.

⁷ M.O. Kraamwinkel, ‘Efficiënte curator kost minder, maar wat doet hij met een lege boedel?’, Tvl 2008, 1, p. 1.

⁸ Insolad Praktijkregels voor curatoren en ReCoFa Richtlijnen 2009.

⁹ Vgl. R.D. Vriesendorp, De invloed van crediteuren op de aanstelling van een integere curator, in: M.L.S. Kalff e.a. (red.), De Integere Curator (Insolad jaarboek 2007), p. 41 e.v. en dezelfde, Regulating the Insolvency office-Holder Profession: A Necessity?, in: B. Wessels & P.J. Omar (red.), Crossing (Dutch) Borders in Insolvency (INSOL Europe Academic Forum June 2008), p. 31 e.v.

zaamheden de gerechtvaardigde belangen van alle bij de insolventieprocedure betrokken partijen als onafhankelijke, objectieve en vakbekwame deskundige.¹⁰

7.6.1 Op welke wijze is de curator aan het EVRM gebonden?

De preambule van het EVRM voorziet in ‘de handhaving en de verdere verwezenlijking van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden’, die ‘de grondslag vormen voor gerechtigheid en vrede in de wereld en welke handhaving vooral steunt, enerzijds op een waarlijk democratische regeringsvorm, anderzijds op het gemeenschappelijk begrip en de gemeenschappelijke eerbiediging van de rechten van de mens waarvan die vrijheden afhankelijk zijn’. De verplichting van artikel 1 EVRM om de mensenrechten te waarborgen geldt voor alle organen van de staat.¹¹ De verdragsstaat is onder het EVRM aansprakelijk voor de handelingen van al zijn organen en onderdanen.¹² De wetgeving moet met het verdrag in overeenstemming zijn. Uitvoering van wetgeving die in strijd is met het verdrag is verboden. Het gaat daarbij met name om de vraag of de toepassing van de wet in het concrete geval voldoet aan de eisen die het verdrag stelt.¹³ Indien dat niet het geval is, dan kan het EHRM een verdragsstaat echter niet opdragen haar wetgeving aan te passen,¹⁴ maar een verdragstaat zal dat in de regel wel vrijwillig doen. Het EVRM is bindend voor geheel zelfstandige onderdelen van de overheid, zoals de rechterlijke macht en lokale overheidsinstanties, zoals de provincies, gemeenten en waterschappen, ook al hebben deze een bestuurlijke autonomie en een eigen rechtspersoonlijkheid.¹⁵ Ook andere beroepsbeoefenaren, zoals onderwijzers, politieagenten en predikanten – hoewel niet altijd in overheidsdienst – kunnen verplichtingen aan de grond-

¹⁰ Insolad Praktijkregels voor curatoren, artikel 1.1.; J.J. van Hees, ‘De integere curator’, in *Onderneming en Integriteit*, Serie Onderneming en Recht, deel 39, 2007, p. 153-170.

¹¹ EHRM 23 oktober 1990, no. 11296/84 (*Martins Moreira de Azevedo v. Portugal*), par. 73: ‘The Court shares this view and notes that the State is responsible for all its authorities and not merely its judicial organs.’ Zie ook par. 60.

¹² ECRM 25 januari 1976, Yearbook, Vol XIX, 758: ‘The responsibility of a State under the Convention may arise for acts of all its organs and servants. As in connection with responsibility under international law generally, their rank is immaterial in the sense that in any case their acts are disputed to the State.’

¹³ ECRM 23 oktober 1963, no. 788/60 (*Oostenrijk v. Italië*), Yearbook 6, p. 742 e.v. (met name p. 774).

¹⁴ EHRM 29 april 1988, no. 10328/83 (*Belilos v. Zwitserland*), par. 78: ‘The Court notes that the Convention does not empower it to order Switzerland to alter its legislation; the Court’s judgment leaves to the State the choice of the means to be used in its domestic legal system to give effect to its obligation under article 53.’ Zie ook EHRM 13 juni 1979, no. 6833/74 (*Marckx v. België*), par. 58 en EHRM 18 december 1987, no. 11329/85 (*F. v. Zwitserland*), par. 43.

¹⁵ EHRM 29 april 1988, no. 10328/83 (*Belilos v. Zwitserland*), par. 65-67.

rechten ontlelen.¹⁶ De curator is geen orgaan van de staat, maar heeft ook rechten naast verplichtingen die aan het EVRM zijn ontleend.

Het faillissement wordt (soms) gezien als een tijdelijke maatregel, als een gewoon beslag op het vermogen ten bate van de gezamenlijke schuldeisers, totdat de staat van insolventie intreedt. De curator vervult de taak van een gerechtelijk bewindvoerder, maar niet als een ambtenaar in dienst van de overheid, of zoals de Hoge Raad oordeelde:

‘Dat tengevolge van de faillietverklaring het vermogen van de schuldenaar in een bijzondere rechtstoestand komt te verkeren des, dat deze van rechtswege de beschikking en het beheer over dat vermogen, voor zover behorende tot het faillissement, verliest, in dier voege dat deze beschikking en dat beheer in handen worden gelegd van den curator, die optredende, niet als ambtenaar, doch in hoedanigheid van gerechtelijke bewindvoerder, voorschans tot taak heeft voor de instandhouding van den failliete bedoel te waken, welke taak na intreding van artikel 173 Fw bedoelde staat van insolventie, overgaat in een vereffening van de baten des boedels en de verdeling van de opbrengst onder de schuldeisers, op den voet van de daaromtrent geldende wettelijke voorschriften.’¹⁷

In het kader van een insolventieprocedure vloeit uit artikel 8 EVRM voort dat een schuldenaar rechten heeft en dat alleen door het openbaar gezag (of de curator) daarop, onder bijzondere omstandigheden, beperkingen kunnen worden aangebracht. Artikel 8 lid 1 EVRM verbiedt niet alleen willekeurige inmenging, maar verplicht de verdragsstaten tevens de nodige maatregelen te nemen om het effectief genot van het privéleven en de andere rechten, zoals opgenomen in artikel 8 EVRM, te verzekeren. In tegenstelling tot lid 1 kan lid 2 slechts betrekking hebben op de verhouding burger-overheid en daarbij is het vermoedelijk irrelevant of de staat al dan niet optreedt als houder van publiek gezag of als (bijvoorbeeld) werkgever. Lid 2 geldt daarmee niet voor de verhouding tussen burgers onderling. Wel kan de staat verantwoordelijk zijn – ondermeer door zijn wetgeving – voor de verzekering van respect voor de rechten genoemd in lid 1, zelfs in de sfeer van verhouding tussen burgers onderling. Als regel zal een tekortkoming in dit opzicht de positieve verplichting van artikel 8 lid 1 betreffen (dat optreden moet dan gericht zijn op actieve en doeltreffende bescherming van de burger), maar een inmenging in de zin van artikel 8 lid 2 is niet uitgesloten, bijvoorbeeld doordat bepaalde wetgeving – zoals in de Faillissementswet – de gewraakte (tussen particulieren plaatsvindende) handeling ‘lawfull’ maakt.¹⁸ Dit is van belang voor de vraag of de verhouding tussen de schuldenaar en de curator moet worden gezien als een verticale of een horizontale verhouding. De vraag of de curator, aan het EVRM, als openbaar gezag, verplichtingen ontleent, of dat hij deze verplichtingen heeft als medeburger, houdt hiermee ook verband.

¹⁶ E.A. Alkema in zijn noot onder EHRM 26 april 1979 (*The Times v. Verenigd Koninkrijk*), NJ 1980, 146.

¹⁷ HR 27 oktober 1959, NJ 1960, 73, m.nt. BVAR.

¹⁸ De Boer 1990, p. 53-54.

Men zou zeggen dat de curator verplichtingen aan de grondrechten ontleent als openbaar gezag, zoals bij de postblokkade, het betreden van de woning, de bescherming van het privéleven (artikel 8 EVRM), de termijn waarbinnen een insolventieprocedure wordt afgewikkeld (artikel 6 EVRM), het onderzoek naar bestuurdersaansprakelijkheid, de aangifte van strafbare feiten, de inbewaringstelling (artikel 5 EVRM), de bescherming van de eigendom (artikel 1 EP EVRM), etc. De curator vervult hier een belangrijke rol waarbij mensenrechten een grote rol spelen. Maar is de curator daarmee ook een orgaan van de staat? Of moet hij deze rechten waarborgen omdat hij slechts onderdaan is? Wat is zijn rechtspositie?

Over de rechtspositie van de curator wordt geworsteld sedert de inwerkingtreding van de Faillissementswet. Ik verwijs hiervoor naar de dissertatie van Verstijlen.¹⁹ Die discussie ging voornamelijk over de vraag wie de curator vertegenwoordigt. Is dat de schuldenaar, de (gezamenlijke) schuldeisers²⁰ of moet zijn positie worden benaderd vanuit de theorie van de rechtspersoonlijkheid (de boedel als rechtspersoon)²¹ of die van de wettelijke vereniging.²² De leer van de vertegenwoordiging is inmiddels wel verlaten. Kortmann stelt dat de curator belangen van zowel de schuldenaar als de schuldeisers behartigt, maar hij doet dit in eigen naam en niet als vertegenwoordiger.²³ Hij handelt daarmee krachtens een eigen recht.²⁴ Oppenheimer heeft echter betoogd dat de curator moet worden gezien als een orgaan met staatsgezag.²⁵ De curator is een onpartijdig persoon, die met de belangen van de schuldenaar rekening dient te houden, niettegenstaande dat wordt geëxecuteerd ten bate van de schuldeisers. Hij verwees hiervoor naar de Memorie van Toelichting, waar de curator wordt genoemd als een ‘onpartijdig of liever nog een boven partijen (schuldenaar en schuldeisers) staande persoon’, die rekening en verantwoording moet afleggen aan de rechter-

¹⁹ Verstijlen 1998, Hoofdstuk VI, p. 87-101; zie ook M.B. de Boer, ‘Voor wie treedt de faillissementscurator q.q. als procespartij op?’, WPNR nr. 6589, p. 671-679 (deel I) en p. 700-708 (deel II).

²⁰ De wetsgeschiedenis biedt hiervoor een aanknopingspunt in Van der Feltz I, p. 371: ‘de curator (wordt) in het Ontwerp beschouwd als de wettelijk vertegenwoordiger van de schuldeisers, en, omdat hij dit is, tevens als de vertegenwoordiger van de schuldenaar.’

²¹ J.A.L.M. Loeff, ‘Wat moet worden verstaan onder faillissementskosten en hoe behoren deze te worden gedragen?’, Preadvies, Handelingen NJV 1935, Eerste stuk, Tweede deel, p. 15-23.

²² J. Eggens, ‘Over de vertegenwoordigings-positie van de faillissementscurator’, WPNR 3684 (1940), p. 329-332.

²³ S.C.J.J.J. Kortman, ‘De curator, de bewindvoerder en de organen van de vennootschap en onderneming’ in: ‘Het faillissement in de tijd van Moolengraaff en nu’. Preadvies van de ‘Vereeniging Handelsrecht’ 1993, p. 110-112. Zie ook: S.C.J.J.J. Kortman en N.E.D. Faber, ‘De faillissementscurator: vertegenwoordiger of niet?’, in ‘De curator, een octopus’, 1996, p. 140-147.

²⁴ C. Æ. Uniken Venema, ‘Trustrecht en bewind, diss. en AAe 1985, p. 764.

²⁵ M. Oppenheimer, ‘De positie van de faillissementscurator’, Weekblad voor het Notariaat, 1915, nr. 533-535.

commissaris en niet aan de schuldeisers.²⁶ Op basis hiervan zag hij de curator als een ambtenaar. Soms wordt gezegd dat de curator een semi-publiekrechtelijke functie uitoefent (handleiding standaard aangifte faillissementsfraude), maar de Hoge Raad heeft geoordeeld dat de curator niet optreedt als ambtenaar doch in hoedanigheid van gerechtelijk bewindvoerder. Het EHRM gebruikt de woorden 'state's sovereign power' en de curator is geen ambtenaar in de zin van artikel 162 Sv.

7.6.2 De curator als 'openbaar gezag'

Moet de curator dan toch worden gezien als openbaar gezag? De term 'openbaar gezag' komt op een drietal plaatsen in het EVRM voor: Artikel 8 lid 2 (recht op eerbiediging voor het privéleven), artikel 10 lid 1 (vrijheid van meningsuiting) en artikel 1 lid 2 van het 12^{de} Protocol (discriminatieverbod). Het openbaar gezag mag op deze rechten en vrijheden geen inbreuk maken. In het 12^{de} Protocol is dat verbod absoluut ('niemand mag worden gediscrimineerd door enig openbaar gezag'). In de artikelen 8 en 10 EVRM is de inmenging door enig openbaar gezag slechts toegestaan onder een aantal limitatief opgesomde omstandigheden. De inbreuk moet dan bij de wet zijn voorzien of nodig zijn in een democratische samenleving. De term 'openbaar gezag' is een niet-authentieke vertaling van de termen 'public authority' of 'autorité publique'. Dit betekent echter niet dat alleen het openbaar gezag zich aan het EVRM moet houden. Geen enkele bepaling van het EVRM zal een beperking aanbrengen of inbreuk maken op de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden die het Verdrag biedt (artikel 53 EVRM). Het EVRM is bindend voor geheel zelfstandige onderdelen van de overheid, ongeacht of zij worden aangeduid als 'openbaar gezag'. Artikel 1 EVRM luidt: 'De Hoge Verdragsluitende Partijen verzekeren eenieder, die ressorteert onder haar rechtsmacht, de rechten en vrijheden welke zijn vastgesteld in de Eerste Titel van dit Verdrag'. Dit is in dit soort verdragen een gebruikelijke bepaling. Het zijn de verdragsluitende staten zelf die de naleving van de mensenrechten (doen) garanderen. De verdragsstaat is aansprakelijk onder het verdrag voor de handelingen van al zijn organen. Handelingen van personen in een officiële functie in strijd met de in het verdrag gewaarborgde rechten, worden aan de staat toegewezen.²⁷ De taak die de staat hier heeft kan worden geschonden door iedere persoon die handelt in een officiële functie, die door de Staat aan hem is toevertrouwd. Rang of positie zijn daarbij niet van belang.²⁸ Polak-Polak stelt 'Het faillissement en de daaraan verbonden aanstelling van een curator vormt een rechtsinstelling, aan overwegingen van openbaar belang ontleend'.²⁹ Aerts geeft de curator een 'publieke taak'.³⁰ Wessels stelt zich in zijn

²⁶ Zie ook: M. Gelpke, 'Over de faillissementscurator, de bevoegdheid van individuele schuldeisers en de bestrijding van misbruik van rechtspersonen', AAe 1986 p. 589-598.

²⁷ EHRM 28 oktober 1999, no. 28396/95 (Wille v. Liechtenstein) par. 46.

²⁸ ECRM 25 januari 1976, no. 5310/71 (Ierland v. Verenigd Koninkrijk).

²⁹ Polak-Polak (1972) p. 219.

afscheidscollege de vraag: 'Is de curator een bestuursorgaan?' Dit is een vraag waarvan hij meent dat het er alle schijn van heeft. De aanstelling als curator behelst immers dat hij krachtens de wet belast is met werkzaamheden die hem bij wet worden opgelegd en die exclusief aan hem zijn voorbehouden.³¹ Wessels trekt hier een parallel met een deurwaarder (artikel 2 lid 4 Gerechtsdeurwaarderswet) en de boedelnotaris (artikel 16a Wet op het notarisambt).

In de Algemene wet bestuursrecht wordt onder een bestuursorgaan verstaan: a) een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld, of b) een ander persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed (artikel 1 lid 1 Awb). In lid 2 worden echter tal van organen, colleges en personen uitgesloten, zoals de rechterlijke macht. Hieruit volgt dat aan de Nederlandse term 'openbaar gezag', althans op de wijze waarop daaraan in de Awb invulling is gegeven, geen zelfstandige betekenis kan worden toegekend. De rechterlijke macht, maar ook allerlei lokale overheidsinstanties, die ingevolge de Awb geen openbaar gezag hebben, kunnen wel verplichtingen aan de grondrechten ontleenen.³² Daarom moet misschien niet te veel waarde worden toegekend aan de term openbaar gezag. De vraag of de curator een met openbaar gezag bekleed persoon is wordt daardoor minder van belang, omdat ook de curator verplichtingen heeft die uit het EVRM voortvloeien. Een persoon met openbaar gezag kan worden aangemerkt als 'hij wiens handelen of beslissing een andere persoon beïnvloed'.³³ Om die reden moet, indien wordt gesproken over 'openbaar gezag' bij 'geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht', worden bedacht dat inmenging in de regel evenmin is toegestaan door een particulier. Dit doet de vraag rijzen of hier normen zijn geformuleerd voor de overheid (als openbaar gezag), voor personen die optreden in een officiële functie of ook voor particulieren, zoals de curator. Anders geformuleerd is de vraag of de curator dan toch optreedt als openbaar gezag (public authority) of als privépersoon (bijv. als werknemer van een advocatenkantoor of van een schuldhulporganisatie). Dit lijkt verwarrend, maar het gaat uiteindelijk om het klachtrecht, dat eenieder heeft indien de curator het EVRM niet naleeft, dat hierna aan de orde komt.

In het Verenigd Koninkrijk is de positie van de curator ten opzichte van het EVRM duidelijker geregeld. De Human Rights Act 1998 bepaalt ondermeer: 'It is unlawful for a public authority to act in a way which is incompatible with a Convention right.' Dit is niet van toepassing indien:

³⁰ W. Aerts, 'De curator en het tuchtrecht', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.) *De curator, een octopus*, p. 249.

³¹ B. Wessels, 'Belangenstrijd in het insolventierecht' rede uitgesproken op 22 februari 2008.

³² E.A. Alkema in zijn noot onder EHRM 26 april 1979 (*The Times v. Verenigd Koninkrijk*), NJ 1980, 146.

³³ EHRM 16 juli 1971 (*Ringeisen*), par. 33. en EHRM 28 september 2004 (*Pieniążek v. Polen*), par. 20.

‘(a) as the result of one or more provisions of primary legislation, the authority could not have acted differently; or
(b) in the case of one or more provisions of, or made under, primary legislation which cannot be read or given effect in a way which is compatible with the Convention rights, the authority was acting so as to give effect to or enforce those provisions.’

Een ‘public authority’ omvat mede:

‘(a) a court or tribunal, and
(b) any person certain of whose functions are functions of a public nature.’³⁴

De Engelse literatuur en jurisprudentie zijn op dit punt helder: de curator is een ‘public authority’.³⁵ Zowel in Nederland als in het Verenigd Koninkrijk moet de curator de mensenrechten op dezelfde wijze respecteren.

Ook het EHRM ziet de curator als ‘public authority’. Zo oordeelde het Hof in de Foxley-zaak, die een klacht over een curator betrof:

‘For the Court, the measures applied to the applicant’s correspondence were an “interference by a public authority”, within the meaning of Article 8 § 2, with the exercise of the right guaranteed to the applicant under paragraph 1 of the provision. Indeed, the Government have not sought to argue to the contrary.’³⁶

7.6.3 Het klachtrecht onder het EVRM

Wat gebeurt er indien de curator grondrechten schendt? Een slachtoffer (‘victim’) kan geen klacht tegen curator indienen bij EHRM. Er is geen directe derdenwerking. Een schending door een privé-persoon van rechten en vrijheden in het EVRM kan niet via een procedure bij het EHRM afgedwongen worden tegen een andere privé persoon. Klachten tegen privé-personen worden *ratione personae* niet-ontvankelijk verklaard, aangezien alleen klachten kunnen worden ingediend wegens vermeende verdragsschendingen door verdragsstaten, voor welke schendingen de betrokken verdragsstaat verantwoordelijk wordt gesteld, indien deze zijn positieve plicht, om het gebruik van dat recht mogelijk te maken, heeft

³⁴ Artikel 6 (1), (2) en (3) Human Rights Act 1998, Chapter 42.

³⁵ Zie: C. Gearty 2000, p. 12. Dit geldt voor eenieder die ingevolge de Insolvency Act 1986 een functie vervult, zoals bijv. de ‘liquidator’ in een ‘winding up’ (section 139 IA 1986) en de ‘liquidator in a voluntary liquidation’; W. Trower, ‘Bringing human rights home to the insolvency practitioner: Part 1’, *Insolvency Intelligence* 2000, 13(6), p. 41-43 en Part 2 in *Insolvency Intelligence* 2000, 13(7), p. 52-53; C.A. Gearty, ‘Insolvency and Human rights’, *Insolvency Lawyer* 2000, 2, p. 68-72; I.F. Fletcher, ‘Juggling with norms: the conflict between collective and individual rights under insolvency law’ in R. Cranston, ‘Making Commercial law’ in *Essays in honour of Roy Goode*, Clarendon Press-Oxford 1997, p. 391-417; N. Pike, in *Insolvency Lawyer* 2001, p. 25-31.

³⁶ EHRM 20 juni 2000, no. 33274/96 (Foxley v. Verenigd Koninkrijk), par. 30.

geschonden.³⁷ Dit kan worden afgeleid uit de artikelen 19, 33, 34 en 41 EVRM en de rechtspraak op dit punt.³⁸ Een individuele verzoeker kan in Straatsburg slechts op indirecte wijze over een vermeende scheiding van zijn verdragsrechten door een andere particulier klagen. Dit kan wanneer een verdragsstaat op de één of andere manier voor de betrokken schending aansprakelijk kan worden gesteld. In een dergelijke situatie onderzoekt het EHRM de aansprakelijkheid van de staat en niet die van de particulier (privépersoon). De verdragsstaat kan daarmee verantwoordelijk worden gesteld voor het handdelen van de curator. Particulieren zelf kunnen nooit door het EHRM worden veroordeeld wegens verdragsschendingen.

Het klachtrecht houdt dan weer verband met de horizontale- of verticale werking van de grondrechten. De jurisprudentie van het EHRM leert dat over schendingen die zijn veroorzaakt door particulieren wel kan worden geklaagd.

Het EHRM heeft voor sommige rechten en vrijheden uit het EVRM de indirecte derdenwerking aanvaard, dat wil zeggen dat de overheid de verplichting heeft om wetgeving en andere maatregelen te nemen om de verdragsrechten in de verhouding tussen de burgers onderling te realiseren. De overheid moet met andere woorden instaan voor normen die de normale werking van het EVRM tussen particulieren mogelijk of verplichtend maken. Een lidstaat kan worden aangeklaagd op grond van schending van een verdragsrecht door een particulier of een groep particulieren,³⁹ indien kan worden aangetoond dat de lidstaat niet de nodige maatregelen heeft genomen om de effectieve bescherming van een mensenrecht mogelijk te maken in de verhouding tussen particulieren onderling. Het EHRM acht het niet wenselijk, laat staan noodzakelijk om een algemene theorie uit te werken over de mate waarin de verdragsgaranties zouden moeten worden uitgebreid tot relaties tussen privépersonen onderling.⁴⁰

³⁷ Zie o.a. EHRM 2 oktober 2001 no. 36022/97 (Hatton v. Verenigd Koninkrijk) NJB 2001, 2189 en 2190, nr. 51 en NJCM-Bulletin 2002, p. 154-162, m.nt. Van Gestel en J. Verschuuren, over de aansprakelijkheid van de Britse overheid voor milieuhinder bij de luchthaven Heathrow waarvan de Britse overheid geen eigenaar is en waarover de overheid geen directe controle uitoefent, althans niet over de vluchten die de hinder veroorzaken.

³⁸ Zie hoofdstuk 9 Van de Lanotte-Haeck, deel I, hoofdstuk 9, Ontvankelijkheids voorwaarden voor het EHRM.

³⁹ Van de Lanotte-Haeck, deel I, p. 107.

⁴⁰ EHRM 28 juni 2001 no.24699/94 (Vgt Verein gegen Tierfabriken v. Zwitserland), par. 46: 'The Court does not consider it desirable, let alone necessary, to elaborate a general theory concerning the extent to which the Convention guarantees should be extended to relations between private individuals *inter se*.'

7.6.4 Klacht tegen de staat bij de gewone rechter

In Nederland kan worden geklaagd over het handelen van de curator, maar de Nederlandse staat noch de rechter-commissaris kan voor zijn gedrag aansprakelijk worden gesteld. In de Bloemsma-zaak oordeelde de Hoge Raad dat het Hof terecht had geoordeeld dat de vereffening van de failliete boedel geen staatstaak is en de faillissementscurator geen met staatsgezag bekleed orgaan is.⁴¹ Er moet worden aangenomen dat dit ook geldt voor de bewindvoerder. Het ging in deze zaak om een curator die boedelactief had verduisterd. De opvolgend curator sprak de Staat en de rechter-commissaris aan voor de schade die daardoor aan de boedel was toegebracht, omdat de rechter-commissaris zijn toezichthoudende taak niet was nagekomen. De Hoge Raad wees de vorderingen dus af. Zo is het onttrekken van een goed aan de boedel ook niet een misdrijf tegen het openbaar gezag, als bedoeld in artikel 198 Sr.⁴² Dit neemt niet weg dat de curator zelf wel persoonlijk, of anders de boedel, aansprakelijk kan zijn voor de door hem toegebrachte schade.⁴³ De staat ontrekt zich hiermee enigszins aan de wijze waarop een faillissement wordt afgewikkeld althans hij draagt zelf geen verantwoordelijkheid voor de curator, die kennelijk wordt gezien als een privé handelend, niet als in enige rechtsverhouding met de staat staand, persoon.

Verstijlen spreekt in dit kader van een ‘aansprakelijkheidsvacuüm’. De curator is door het bevel van de rechter-commissaris van aansprakelijkheid gevrijwaard. De aansprakelijkheid van de rechter-commissaris is praktisch uitgesloten. De rechtstreekse aansprakelijkheid van de Staat op grond van de handelingen van de curator behoort evenmin tot de mogelijkheden, omdat de opvatting als zou het beheer en de vereffening van de failliete boedels onderdeel zijn van de staatstaak en de faillissementscurator als staatsorgaan moeten worden beschouwd, in de wet geen steun vindt.⁴⁴ P-G Langemeijer zei daarover dat het geen anomalie in het wettelijk stelsel zou betekenen, indien de curator, in plaats van door de rechtbank te worden benoemd, door de gezamenlijke schuldeisers werd gekozen. Onder deze omstandigheden acht hij de band met de Staat te zwak om van ‘orgaan’ te spreken of aansprakelijkheid van de Staat aan te nemen.⁴⁵ Langemeijer ziet de rechter wel als orgaan. De Staat kan dan wellicht niet de schade tegengaan (indien een verkeerde beslissing wordt gegeven) door bevelen aan de betrokken functionaris te geven. Het is zijn wetgeving, die voor degenen die een bepaald ambt bekleden de bevoegdheid in het leven heeft geroepen, waarvan de uitoefening tot de schade heeft geleid en het zijn uitvoerende organen, die een bepaalde persoon van het ambt hebben uitverkoren. Dit

⁴¹ HR 17 april 1959, NJ 1961, 573, AAe 1959-1969, blz. 32 e.v. m.nt. W.F.Prins (Bloemsma-Staat); Polak 1960, p. 224; zie voor de (enigszins) omgekeerde situatie, Rb. Rotterdam 7 oktober 2008, LJN BF7336 (Staat-Fortis Bank).

⁴² HR 27 oktober 1959, NJ 1960, 73.

⁴³ Rb Rotterdam 4 november 1994, JOR 1999/38 (Vilé).

⁴⁴ Verstijlen 1998, p. 371.

⁴⁵ P-G Langemeijer voor HR 17 april 1959, NJ 1961, 573.

schijnt hem voldoende grond voor aansprakelijkheid. Of de rechter ‘orgaan’ is, is dan in zekere zin een kwestie van woorden, nu het begrip ‘orgaan’ door ons recht niet wordt gedefinieerd. Een reden om de rechter geen staatsorgaan te noemen ziet hij overigens allerminst.

De vraag is vervolgens, of de beslissing in de Bloemsma-zaak, voor wat de curator betreft juist is en wat is een betere oplossing? Indien een juiste afwikkeling van een failliete boedel geen staatstaak is en de curator feitelijk handelt als particulier, wat dan als de curator verdragsrechten schendt? Het slachtoffer zal zich dan tot het EHRM moeten wenden. Een beroep bij het EHRM staat open bij een schending van het EVRM of de protocollen. Indien het EHRM vaststelt dat er door de curator een schending van het EVRM of van de Protocollen heeft plaatsgevonden en indien het nationale recht van de betrokken staat geen of slechts gedeeltelijk rechtsherstel toelaat, kent het Hof, indien nodig, een billijke genoegdoening toe aan de benadeelde (artikel 41 EVRM).

Mede om die reden ben ik er voorstander van de vereffening van de failliete boedel als een staatstaak te zien, en daarmee de faillissementscurator als een met staatsgezag bekleed orgaan.

7.6.5 Vervult de curator een staatstaak?

Binnen de zeer ruime en veelomvattende opdracht aan de bewindvoerder zijn zeker elementen van staatsgezag te onderkennen, die in de Faillissementswet extra diepte hebben gekregen. Het gaat er daarbij om welk doel de bewindvoerder nu voor ogen moet houden indien hij zijn taak uitvoert.

De Faillissementswet kent geen doelstelling, althans niet een die is niet een die is opgenomen in de wet. Het Voorontwerp bepaalt in artikel 1.1.2: ‘een insolventieprocedure strekt tot tegeldemaking van het vermogen van de schuldenaar en verdeling van de opbrengst onder de gezamenlijke schuldeisers of tot sanering van de schulden van de schuldenaar. Heeft de schuldenaar een onderneming, dan wordt deze zoveel als mogelijk behouden.’

De toelichting stelt daarover dat, in aansluiting op de aanbevelingen die zijn neergelegd in het Eindrapport van de MDW-werkgroep Modernisering Faillissementsrecht tweede fase, aan het Voorontwerp de gedachte ten grondslag ligt dat in een insolventieprocedure het belang van de schuldeisers voorop dient te staan. Dit is in de eerste plaats ‘boedelmaximalisatie’. Dit kan plaatsvinden door het reduceren van de schulden van de rechtspersoon, waarbij de rechtspersoon blijft voortbestaan, of door de onderneming (of delen daarvan) over te dragen, waarbij deze wordt/worden voortgezet in een andere rechtspersoon en de failliete rechtspersoon wordt geliquideerd. Een combinatie van deze twee mogelijkheden is eveneens denkbaar. Een reorganisatie dient evenwel niet ten koste te gaan van de belangen van het collectief van de schuldeisers. Een reorganisatie is be-

zwaarlijk te rechtvaardigen, indien daarbij de gezamenlijke schuldeisers in betekende mate minder ontvangen dan in geval van liquidatie. De toelichting vervolgt:

‘Dat het belang van de gezamenlijke schuldeisers voorop dient te staan, betekent evenmin dat geen rekening mag worden gehouden met andere belangen, zoals de belangen van de schuldenaar of belangen van maatschappelijke aard, zoals werkgelegenheid en milieu. Dergelijke belangen kunnen onder omstandigheden prevaleren boven het belang van bepaalde individuele schuldeisers. Zij gaan niet voor het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Dit is in overeenstemming met de geldende jurisprudentie van de Hoge Raad op dit punt.’⁴⁶

De toelichting herhaalt deze passage bij de taakverdeling van de hoofdrolspelers in de insolventie:

‘De bewindvoerder vervult zijn taak in de eerste plaats ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Daarbij kan het gaan om tegeldemaking van het vermogen van de schuldenaar en verdeling van de opbrengst onder de schuldeisers, maar ook om sanering van de schulden van de schuldenaar. Een reorganisatie van de door de schuldenaar gedreven onderneming kan aan de orde zijn, indien dat economisch verantwoord en wenselijk is. Bij zijn beleidsafwegingen betreft de bewindvoerder ook belangen van maatschappelijke aard, zoals werkgelegenheid (vgl. HR 24 februari 1995, NJ 1996, 472, (Sigmacon II) en HR 19 december 2003, NJ 2004, 293, (Curatoren Mobell/Interplan). De bewindvoerder dient de insolventie zodanig af te wikkelen dat alle daarbij betrokken belangen overeenkomstig ieders rechtmatige aanspraak worden behartigd en tot het meeste voordeel van de boedel (vgl. HR 10 januari 1910, W 8970). Daarbij verdient aantekening dat de bewindvoerder veelal met uiteenlopende, soms tegenstrijdige belangen heeft te maken, vaak snel moet beslissen en dat hem een zekere beleidsvrijheid behoort toe te komen (vergelijk HR 19 april 1996, NJ 1996, 727, (Macloou/Curatoren van Schuppen).’

Onder het huidige recht zijn er grote verschillen tussen de positie van de curator in een faillissement, die van een bewindvoerder in een surseance en die van de bewindvoerder bij toepassing van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen. In het Voorontwerp bestaan deze verschillen niet langer. De curator vervult zijn taak in de eerste plaats ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. De bewindvoerder behartigt echter ook het belang van de schuldenaar, in het bijzonder als deze een natuurlijke persoon is. Daarnaast dient de bewindvoerder, als gezegd, ook rekening te houden met belangen van maatschappelijke aard, waarbij, behalve aan het behoud van werkgelegenheid, ook gedacht kan worden aan de continuïteit van de onderneming, de zorg voor het milieu en de snelheid waarmee een en ander wordt afgewikkeld.

Dit lijkt overeen te komen met de Insolad Praktijkregels. Zowel bij de beslissing van de curator tot het voortzetten van de onderneming (artikel 1.2.1), de verkoop van vermogensbestanddelen (artikel 1.3.1), als het voeren van procedures (arti-

⁴⁶ Toelichting Voorontwerp, p. 5(t).

kel 1.4.1) moet de curator zich laten leiden door het belang van de boedel of een ander zwaarwegend belang dat een prudent handelend curator zich mede behoort aan te trekken. Deze (zwaarwegende) belangen van maatschappelijke aard, zoals de zorg voor de schuldenaar, het milieu en werkgelegenheid moeten worden afgewogen tegenover de belangen van gezamenlijke schuldeisers. Omdat het faillissement feitelijk niet veel meer is dan de verdeling van het actief (geld) onder de schuldeisers, zal die afweging van en het rekening houden met die diverse belangen, kunnen resulteren in een lagere of soms zelf geen uitkering aan de schuldeisers. Zou de curator geen rekening met deze belangen hebben gehouden dan kregen de schuldeisers bijvoorbeeld hun goederen terug of een hogere uitkering. Hierbij treden belangenconflicten op.

Belangenconflicten bij de afwikkeling van een insolventie doen zich regelmatig voor.⁴⁷ Zonder nadere criteria lijken alle belangen gelijke zwaarte te hebben.⁴⁸ Wat doet de curator indien hij de onderneming en de werkgelegenheid kan behouden door deze onderneming (tijdelijk) voort te zetten, waardoor schuldeisers een hogere uitkering ontvangen, maar daardoor wel het milieu ernstiger wordt vervuild, dan het al was? Indien hij het milieu redt en de onderneming stillegt, ontvangen de schuldeiser (mogelijk) minder. De keuzes zijn soms moeilijk, zeker zonder nadere criteria, die door de wetgever zouden moeten worden gegeven.⁴⁹ Verschillende opvattingen zijn denkbaar.⁵⁰ De keuzes die de curator kan, maar vaak moet maken kunnen belangrijke rechtspolitieke consequenties hebben.⁵¹ Huydecoper stelt mijns inziens terecht dat verkeerde keuzes door de curator niet zonder maatschappelijke gevolgen zullen blijven.⁵² Gevolgen kunnen optreden voor de gezamenlijke of individuele schuldeisers, institutionele beleggers, het kredietsysteem en de verstoring van concurrentieverhoudingen. De curator mag het natuurlijk niet zover laten komen en het is dan ook de vraag of de rechtspraak van de Hoge Raad in de arresten Sigmacon II, Mobell en Maclou, waarin de curator steeds de hand boven het hoofd is gehouden, dit heeft gewild. Dat wordt dan ook niet aangenomen.⁵³

⁴⁷ Zie o.a. S.H. de Ranitz, 'Crediteurenbelang versus "andere belangen"', De taak van de curator nader bezien', in 'De curator, een octopus', p. 187-200; Adv. bl. 1995, p. 203; A. van Hees, TvI 2004, p. 2003.

⁴⁸ Kleijn, noot 5 bij NJ 1996, 472; Van der Heijden, Bb 1995, p. 72; Van Hees NbBW 1995, p. 81-82; Vriesendorp TvI 1995, 5, p. 117.

⁴⁹ Verstijlen diss 1998, p. 152 e.v.; Verstijlen, 'De curator als maatschappelijk werker in Privaatrecht van de 21e eeuw', 1999, p. 19 e.v.; Wessels, Insolventierecht IV, par. 4221 e.v. en par. 4173; De Boer, WPNR 6589-6590, p. 672 en 676-677).

⁵⁰ A. van Hees, TvI 2004, p. 200 e.v.

⁵¹ Verstijlen, 'De curator als maatschappelijk werker in Privaatrecht in de 21e eeuw; Herijking van het faillissementsrecht', 1999, p. 21 e.v.

⁵² J.L.R.A. Huydecoper, 'Andere zwaarwegende belangen', in 'De Integere curator', p. 1-12.

⁵³ Verstijlen, diss 1998. Zie ook HR 20 oktober 2006, NJ 2007, 3 (ro. 3.6-3.7.8.) en HR 27 juni 2007, RvdW 2007, 606, (rov. 3.4 en 3.5).

De belangen van de gezamenlijke schuldeisers zijn leidend voor het handelen van de curator. Hij mag derhalve geen overeenkomsten sluiten die nadelig zijn voor de gezamenlijke schuldeisers. Onder omstandigheden kan het gerechtvaardigd zijn dat een curator voorrang geeft aan ‘zwaarwegende, bij de wijze van beheren en vereffenen van de boedel betrokken belangen van maatschappelijke aard, boven de belangen van individuele schuldeisers’ (zie het Mobell-arrest). In datzelfde arrest werd echter bepaald dat een doelmatige afwikkeling van het faillissement in zijn algemeenheid niet een dergelijk zwaarwegend maatschappelijk belang is. Een adequate afwikkeling van het faillissement is derhalve onvoldoende rechtvaardiging voor het sluiten van een overeenkomst die de positie van een of meer individuele schuldeisers benadeelt.⁵⁴ Overigens zal het belang van de gezamenlijke schuldeisers veelal samenvallen met een zo hoog mogelijke boedelopbrengst.⁵⁵

Hoe moet de curator nu met deze andere zwaarwegende maatschappelijke belangen omgaan? Huydecoper geeft daarvoor drie regels:

- De curator mag (en naar hij vreest ook moet) deze belangen wel in aanmerking nemen, maar dat mag er niet toe leiden dat zulke belangen voorrang krijgen boven het algemeen boedelbelang. Zoals in het Sigmacon II en Maclou-arrest zal dat dan meebrengen dat de door de curator gemaakte beleidskeuze weliswaar ten opzichte van de betrokken schuldeiser (de Ontvanger en de schuldeiser met eigendomsvoorbehoud) ongeoorloofd of onrechtmatig is, maar die keuze kan worden ‘gelegitimeerd’;
- Binnen het kader van de algemene prioriteit van het boedelbelang, bestaat een aanzienlijke speelruimte, waarbinnen de curator ‘discretionair’ dat wil zeggen, met inachtneming van alle relevante belangen, optreedt;
- De marge tussen het boedelbelang en de belangen van maatschappelijke aard is smal. Het is soms niet te verantwoorden om aan de boedelbelangen voorrang te geven. Er kan een zodanige disproportionaliteit tussen de diverse belangen bestaan dat het niet aangaat, aan het lichter wegende belang voorrang te geven (vgl. artikel 3:13 lid 2 BW).⁵⁶

Afgezien van de vraag hoe de bewindvoerder met deze belangen moet omgaan en hoe hij ze moet afwegen, is interessanter de vraag of de bewindvoerder dat eigenlijk wel kan. In de Tweede Kamer is reeds aanbevolen dat aan de bewindvoerder een deskundige wordt toegevoegd uit de brancheorganisatie waarin de insolvente rechtspersoon werkzaam is. Deze kan een oordeel geven over de vraag of er toekomstmogelijkheden zijn. De bewindvoerder heeft zelf onvoldoende kennis van de specifieke markt en kan dan ook niet goed beoordelen of hij, in het kader van het maatschappelijk belang, moet doorstarten of liquide-

⁵⁴ Zie HR 19 december 2003, JOR 2004, 61, m.nt. JJvH, NJ 2004, 293, m.nt. PvS (Mobell).

⁵⁵ Verstijlen, diss 1998 p. 81 e.v.

⁵⁶ Huydecoper, t.a.p. p. 10.

ren.⁵⁷ Bij de grote deconfitures in het recente verleden, zoals destijds bij DAF, Fokker en in de scheepsbouw hebben voor de Nederlandse industrie, voor wat betreft kennis, werkgelegenheid, internationale concurrentieverhoudingen en imago een grote maatschappelijke invloed gehad. De curatoren hebben dat niet kunnen verhinderen. Er verdwijnt regelmatig, zij het op kleinere schaal en in kleinere gemeenschappen, in elke insolventie een deel van de werkgelegenheid. Het is mijns inziens ook niet aan de bewindvoerder om te beslissen wat moet worden behouden. Werknemersbeleid, gezonde concurrentieverhoudingen en het al dan niet behouden van infrastructuur of complete bedrijfstakken is een taak van de overheid en zeker niet van een curator.⁵⁸ Hij kan dat niet overzien. In de rechtspraak waarin is geoordeeld dat de bewindvoerder de belangen van maatschappelijke aard moet behartigen, is meestal niet duidelijk geworden dat de aangevochten handelswijze van de curator het maatschappelijk belang inderdaad heeft gediend, maar eerder was bedoeld om de curator te sauveren die door een boze schuldeiser (persoonlijk) aansprakelijk was gesteld, omdat deze in zijn rechten was aangetast.

In het bijzonder moet aandacht worden besteed aan de wel zeer specifieke overheidstaken die op de schouders van de curator worden gelegd. Men kan hierbij denken aan de beoordeling van (civiel-, straf- en bestuursrechtelijke) bestuurdersaansprakelijkheid, de zorg voor het milieu, en het in acht nemen van maatschappelijke belangen, zoals werkgelegenheid. In het bijzonder het onderzoek naar en aangifte van strafbare feiten (faillissementsfraude). De bepaling dat de bewindvoerder, die een redelijk vermoeden heeft dat de schuldenaar een misdrijf heeft gepleegd als bedoeld in titel XXVI van het Boek 2 Sr, of zich schuldig heeft gemaakt aan een poging tot, voorbereiding van of deelneming aan een dergelijk misdrijf, de verplichting heeft de rechter-commissaris hierover te informeren (Artikel 4.2.14 Voorontwerp) spreekt wat dat betreft boekdelen. De rechter-commissaris kan beslissen om de bewindvoerder al dan niet een aanwijzing te geven om aangifte te doen (artikel 4.3.4 Voorontwerp) of kan zelf aangifte doen. Indien de curator zijn taak zorgvuldig uitoefent zal hij, voordat hij de rechter-commissaris daarover informeert, een onderzoek moeten instellen. Wat indien de curator strafvorderlijk onjuist of mogelijk zelfs onrechtmatig optreedt? Wat als de rechter-commissaris de curator vervolgens een aanwijzing geeft en de curator, omdat de rechter-commissaris dat zegt, aangifte doet? Wat als de curator zelf aangifte doet, omdat de Belastingdienst dat belangrijk vindt en heeft aangeboden de curator daarvoor financieel te belonen.⁵⁹ Het lijkt mij nog nau-

⁵⁷ 'Verslag van de wijziging van de Faillissementswet', TvI 2007, 6, p. 25.

⁵⁸ Gelijk het weer op gang helpen van het betalingsverkeer en herstel van vertrouwen in het bankwezen, zoals tijdens de kredietcrisis in 2008.

⁵⁹ Zie Insolad workshop op 11 september 2008, 'Curator en Faillissementsfraude', voordrachten FIOD-ECD en Ministerie van Financiën. Voorts de gepubliceerde 'Vergoedingsregeling voor het doen van aangifte faillissementsfraude', www.download.belastingdienst.nl/belastingdienst/dl/nieuwsbrief/vergoedingsregeling_faillissementsfraude.pdf.

welijks te handhaven dat de curator dan geen overheidstaken uitoefent. Ook hier is de vraag of het verstandig is al deze taken op de schouders van de curator te leggen of dat de overheid deze taken aan zich zou moeten houden. De curator bewijst zichzelf waarschijnlijk geen dienst. Zeker niet indien de overheid, de curator, die verkeerde beslissingen neemt, vervolgens zegt dat het beheer en de vereffening van de failliete boedels geen onderdeel van de staatstaak is en de faillissementscurator niet als staatsorgaan moet worden beschouwd en het slachtoffer geen verhaal wordt geboden en dat de curator deze schade persoonlijk moet dragen. Het is ook vreemd dat, indien de gelaedeerde bij de rechter geen verhaal vindt, hij naar het EHRM in Straatsburg moet voor een billijke genoegdoening. Dat was voor het Verenigd Koninkrijk juist de reden om het EVRM, in de vorm van de Human Rights Act te incorporeren.⁶⁰ Maar indien de curator deze taken toebedeeld krijgt zal ook de overheid haar verantwoordelijkheid en daarmee haar aansprakelijkheid moeten aanvaarden. Zo heeft de ECRM in het Anca-arrest geoordeeld:

‘Having examined the provisions of Belgian law governing the appointment of receivers, their powers and the manner in which these are exercised, that is, under the supervision of the bankruptcy judge and, occasionally, on the authority of the latter or of a commercial court, the Commission considers that, for the purposes of giving proper effect to the Convention, the Belgian Government must be considered responsible for the actions of the official receiver.’

De vraag is wat de voorkeur verdient. Er zijn mijns inziens twee mogelijkheden:

1. De afwikkeling van insolventieprocedures wordt tot een overheidstaak gerekend. Dit heeft tot voordeel dat de staat grotere bemoeienis heeft. De afwikkeling van het faillissement is allang tot staatstaak verheven. De curator is een ‘public authority’ (openbaar gezag), zoals ook in het Verenigd Koninkrijk. Dit brengt misschien wel een grotere overheidsbemoeienis mee, maar dat kan:
 - door beter regelgeving, waaruit de curator weet wat hij moet of mag doen;
 - door een nog strakkere controle. Misschien moet de controle op (beter gekwalificeerde) rechters-commissarissen en curatoren juist worden geïntensiveerd in plaats van dit over te laten aan de schuldeiserscommissie of moet de positie van de curator nader worden gezien.⁶¹ of

⁶⁰ Zie ook: L.F.M. Verhey, ‘Rechtsvorming in vergelijkend perspectief: de Engelse Human Rights Act 1998’, AAe 2007, p. 28-41.

⁶¹ Het oprukkend belang van werkgelegenheid en de maatschappelijke functie die de curator thans vervult, heeft de gedachten weer in die richting doen uitgaan. M. Gelpke, ‘Over de faillissementscurator, de bevoegdheid van individuele schuldeisers en de bestrijding van misbruik van rechtspersonen.’ AAe 1986, p. 594; R.J. van Galen, ‘Het primaat van de pandhouder’, in *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, 1997, p. 607 en ‘Beslissingen omtrent het instellen en voeren van een procedure wegens onbehoorlijk bestuur’, in: *Onbehoorlijk bestuur in het insolventierecht*, 1977, p. 57-59.

- door het invoeren van een ‘official receiver’ (al dan niet naast een gewone curator) in moeilijke of omvangrijke insolventieprocedures, waarin het maatschappelijk belang een grote rol speelt en het belang van de staat (behoud werkgelegenheid, milieu en het tegengaan of opsporen van fraude) extra aandacht behoeft.

2. We laten de situatie zoals die is. Een slachtoffer moet dan naar Straatsburg voor een billijke genoegdoening.

De curator als ‘orgaan van de overheid’ brengt misschien wel een extra aansprakelijkheid voor de Staat der Nederlanden mee, maar als bijvoorbeeld een politieambtenaar onrechtmatig strafvorderlijk optreedt en een aanvankelijk aanwezige rechtvaardigingsgrond achteraf ongefundeerd blijkt, is de Staat toch ook aansprakelijk. Aansprakelijkheid brengt nu eenmaal een grotere overheidsbemoeienis mee.⁶² Zie ook de noot van Brunner:

‘De officier van justitie die in functie handelt is orgaan van de Staat. Handelt hij onrechtmatig dan handelt de Staat onrechtmatig en is die ex artikel 6:162 BW aansprakelijk, althans indien de daad aan de Staat kan worden toegerekend. De toerekening van de onrechtmatige daad aan de rechtspersoon is mogelijk bij schuld van het orgaan, die rechtens als schuld van de rechtspersoon geldt en buiten schuld, indien de gedraging van het orgaan krachtens verkeersopvatting voor rekening van de Staat komt (artikel 6:162 lid 3 BW). Omdat de officier bovendien als ambtenaar ondergeschikte van de Staat is, is de Staat ook uit artikel 6:170 BW aansprakelijk, indien de officier van justitie een fout heeft gemaakt en persoonlijk ex artikel 6:162 BW aansprakelijk is.’⁶³

Degene wiens onschuld niet uit het strafvorderlijk onderzoek blijkt, heeft een vordering uit onrechtmatige daad tegen de Staat. Zowel de gemeente als de Staat is aansprakelijk voor door leden van de gemeentepolitie in het kader van de opsporing van strafbare feiten begane fouten, wat er niet aan af doet dat in de interne verhouding tussen Staat en gemeente de schade ten laste van de gemeente komt.⁶⁴ Maar hoe zit het met de curator indien hij in het kader van de hem in artikel 4.2.14 Voorontwerp toebedachte taak een fout maakt?

De afwikkeling van een insolventie tot een overheidstaak verheffen heeft mijns inziens de voorkeur. Dit om te voorkomen dat de gelaedeerde zich genoodzaakt ziet tot het EHRM te wenden. Een veroordeling van Nederland bij het EHRM betekent imago-verlies en zou moeten worden vermeden. Zoals recentelijk de uitspraak in de zaak *Salah Sheekh v. Nederland* die opschudding veroorzaakte omdat de klager in de visie van het EHRM in het gelijk werd gesteld om de gang

⁶² HR 23 december 1994, NJ 1995, 512, m.nt. C.

⁶³ HR 11 oktober 1991, NJ 1993, 165, m.nt. CJHB en C.

⁶⁴ HR 13 mei 1988, NJ 1989, 896, m.nt. W. Konijnenbelt.

naar de Afdeling bestuursrechtspraak over te slaan.⁶⁵ Een praktische overweging zou ook kunnen zijn dat, indien er inbreuken worden gemaakt, de genoegdoening die door de Nederlandse rechter zal worden toegekend in de regel lager zal zijn dan die in Straatsburg en het imago verlies, indien het intern kan worden afgewikkeld, aanzienlijk kleiner. Indien de curator of de rechter-commissaris fouten maakt kan de billijke genoegdoening, zoals die door het EHRM zal worden toegewezen, immers aanzienlijk zijn. Indien een insolventieprocedure niet binnen een redelijke termijn wordt afgewikkeld of anderszins rechten worden geschonden is de sanctie, de billijke genoegdoening die kan worden toegekend, soms zwaar.

7.7 Billijke genoegdoening

Indien het Hof vaststelt dat er een schending van het Verdrag of van de protocollen daarbij heeft plaatsgevonden en indien het nationale recht van de betrokken Staat slechts gedeeltelijk rechtsherstel toelaat, kent het Hof, indien nodig, een billijke genoegdoening aan de benadeelde toe (artikel 41 EVRM). Om dit te illustreren volgen hieronder enkele voorbeelden van vergoedingen in insolventieprocedures die in dit onderzoek aan de orde zijn geweest:

Artikel 6 EVRM: (G. J. v. Luxemburg): DK 45.000; (Luordo v. Italië): € 10.000; (Bottaro v. Italië): € 31.000; (SC, VP, FC en EC v. Italië) € 21.000 voor de één en € 5.000 voor de anderen; (Jazbec v. Slovenie): € 2.400; (Kopecka v. Slowakye) € 6.000; (CSIK v. Polen): € 8.000 en € 500; (Sukobljević v. Croatia): € 4.800; (Levai en Nagy v. Hongarije): € 4.800; (Idrocalce s.r.l. v. Italië) Italiaanse lire 8.040.000; (Vozár v. Slowakije): € 6.000; (Werner v. Polen) Poolse zlotys 10.000 (geen onpartijdige rechter in faillissement); (Davies v. Verenigd Koninkrijk): € 4.500; (Foxley v. Verenigd Koninkrijk): £ 6.000; (Santilli v. Italië) Italiaanse lire 10.000.000; artikel 1 EP; artikel 8; artikel 6 lid 1; artikel 2 vierde protocol en artikel 13 EVRM: (Luordo/Italië) € 31.000; (Bottaro v. Italië) € 27.000. Artikel 1 EP: (Pine Valley v. Ierland) Healy Holdings Ltd. en Mr. Healy gezamenlijk IR£1,200,000 als schadevergoeding; IR£42,655.11 en IR£70,000 voor de kosten en verschotten voor de procedure te Straatsburg. Artikel 1 Vierde Protocol: (Földes and Földesné Hajlik v. Hongarije) € 3.000.

7.8 Tot besluit

In het eerste hoofdstuk is reeds aangegeven dat de insolventieprocedures een strak afgebakend terrein van rechtsverhoudingen omvatten op een zeer specifiek rechtsgebied, waarbij men niet in de eerste plaats aan grond- of mensenrechten denkt. Maar de betekenis van deze rechten moet niet worden onderschat. De rechten die zijn neergelegd in de Grondwet en in de internationale verdragen zijn fundamenteel van inhoud en het is duidelijk dat zij moeten worden nageleefd, ook al is het geenszins zeker of zij het handelsverkeer in het algemeen en

⁶⁵ EHRM 11 januari 2007, no. 1948/04 (Salah Sheekh v. Nederland); F.M.C. Vlemminx, 'Hirst en Broniowski, de tandem waarmee het EHRM de nationale wetgever in de wielen rijdt?', NJB 2007, p. 322-329.

reeds lang bestaande procedures in het bijzonder, ingrijpend zullen veranderen. De insolventieprocedures vervullen aan de ene kant sinds mensenheugenis een nuttige rol in ons economische leven en het lijkt niet nodig om dit systeem alleen al vanwege de grond- of mensenrechten op essentiële punten te wijzigen. Aan de andere kant is het ook duidelijk dat er door de jaren heen, ook in de insolventieprocedure, gewoonten en gebruiken zijn ontstaan, zonder dat deze af en toe kritisch zijn onderzocht. Soms moet worden bezien of zij in het licht van de mensenrechtenverdragen, al is het maar in een minimale vorm, zouden moeten worden aangepast.

In dit kader zouden de doelstellingen van het MDW-project moeten worden verlaten. Het gaat daarbij immers om ‘marktwerking en deregulering’. Dit lijkt iets wat nu juist niet zou moeten gebeuren. Door de marktwerking is in het Voorontwerp de rol van de rechter-commissaris teruggedrongen en zijn de schuldeisers, die bijna per definitie conflicterende belangen met de schuldenaar hebben op de voorgrond geplaatst en wordt hen meer invloed toegekend. Gezien de taak van de curator moet de rol van de rechter-commissaris en de curator, en daarmee hun opleiding beter en veel ruimer worden vorm gegeven. Er worden steeds meer zeer specifieke overheidstaken of maatschappelijke verplichtingen op de schouders van de curator gelegd. Nog los van het feit dat de overheid dan ook de verantwoordelijkheid daarvoor moet nemen, passen verplichtingen van deze aard, alleen indien de bewindvoerder de boedel kan besturen met een deugdelijk professioneel profiel, inclusief een regeling omtrent geheimhouding en verschoning.⁶⁶ Als alternatief moet serieus worden nagedacht of een ‘staatscurator’ onder omstandigheden zou moeten worden geïntroduceerd.

⁶⁶ B. Wessels, ‘Enkele verplichtingen van de bewindvoerder’, in ‘De bewindvoerder, een octopus’, p. 471. en ‘Naar een eigen beroeps-, gedrags- en tuchtrecht voor de faillissementscurator’, NJB 2002, p. 161 e.v.

Samenvatting

In dit boek staan de Nederlandse insolventieprocedures, (d.w.z. het faillissement, de surseance van betaling, de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen en de nieuwe unitaire insolventieprocedure uit het Voorontwerp Insolventiewet) en grond- en mensenrechten centraal. Aan dit onderzoek ligt de volgende onderzoeksvraag ten grondslag:

‘Op welke wijze worden bij de afwikkeling van Nederlandse insolventieprocedures grond- en mensenrechten gerespecteerd? Welke rechten of bevoegdheden kunnen de daarbij betrokken rechtssubjecten (de schuldenaar, de curator of bewindvoerder, de rechter-commissaris en de schuldeisers of derden) aan grond- en mensenrechten ontnemen, welke inbreuken moeten deze rechtssubjecten op die rechten of bevoegdheden dulden en tot welke aanpassingen van het insolventierecht geeft dit aanleiding?’

Hoewel alle insolventieprocedures aan de orde komen ligt de nadruk op het faillissement. Het faillissement is een gerechtelijk beslag op en – in de regel – executie van het gehele vermogen van de schuldenaar ten behoeve van zijn gezamenlijke schuldeisers. Het faillissement kan worden uitgesproken indien de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, hetzij op eigen verzoek, hetzij op verzoek van een of meer van zijn schuldeisers. Het vonnis van faillietverklaring houdt de benoeming van een der leden van de rechtbank tot rechter-commissaris en de aanstelling van een of meer curatoren in. De curator is belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel, waarop de rechter-commissaris toezicht uitoefent.

Grond- of mensenrechten kunnen worden omschreven als fundamentele rechten die ieder mens toekomt enkel en alleen op grond van zijn of haar mens-zijn. Zij gaan uit van de waardigheid en de onderlinge gelijkheid van de mens. Zij dienen de vrijheid van de burger te waarborgen en regelen de verhouding tussen de overheid en het individu die is gericht op ontplooiing van het individu in vrijheid. De grondgedachte is dat ieder mens waarde heeft.

Het onderzoek heeft plaats gevonden aan de hand van een beperkt aantal artikelen uit de Nederlandse Grondwet, het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM) en het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR). Toetsing van de insolventieprocedures aan deze rechten is gebonden aan beperkingen.

De huidige stand van zaken is dat enerzijds artikel 120 Gw de rechter verbiedt de wet in formele zin (i.c. de Faillissementswet) te toetsen aan de Grondwet of aan algemene rechtsbeginselen, maar dat anderzijds artikel 94 Gw hem gebiedt wettelijke bepalingen te toetsen aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties, zoals het EVRM en

IVBPR. Dat de rechter niet mag treden in de grondwettigheid van een formele wet behoeft overigens niet uit te sluiten dat de rechter komt tot een grondwetsconforme uitleg van de wet of een grondwetsconforme inpassing van het stelsel van de wet. Indien wettelijke bepalingen onverenigbaar zijn met het EVRM of het IVBPR, dan kan buiten toepassing verklaring worden voorkomen indien de bepalingen in het licht van deze verdragen kunnen worden uitgelegd of uitgebreid. Uit het onderzoek zal blijken dat de Grondwet de schuldenaar soms een verdergaande bescherming en soms weer minder bescherming toekent dan het EVRM. In een aantal gevallen zal blijken dat de rechter van oordeel is dat fail-lissementsrechtelijke bepalingen in strijd zijn met het EVRM, maar dat een oplossing daarvoor de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat en het aan de wetgever is om een oplossing te kiezen.

Het onderzoek is uitgevoerd aan de hand van de volgende bepalingen:

- Het recht op eerbiediging van het privéleven, familie- en gezinsleven, de woning en de correspondentie (artikel 8 EVRM) en het recht op vrijheid van meningsuiting, waaronder de vrijheid om inlichtingen te ontvangen of te verstrekken (artikel 10 EVRM);
- Het recht op een eerlijk proces bij het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen en de gegrondheid van een ingestelde strafvervolgning (artikel 6 EVRM);
- Het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel (artikel 13 EVRM);
- Het recht op vrijheid en veiligheid (artikel 5 EVRM en artikel 2 Vierde Protocol EVRM);
- Het recht op bescherming van het eigendom (artikel 1 Eerste Protocol EVRM).

Na een korte inleiding over de diverse Nederlandse insolventieprocedures en de grondrechten in hoofdstuk 1 heeft hoofdstuk 2 betrekking op artikel 8 EVRM: de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Dit artikel geeft vier onderscheiden grondrechten die hiermee verband houden. Zij erkent voor iedereen het recht op eerbiediging van zijn privéleven, familie- en gezinsleven, zijn huis en zijn correspondentie. Voor bescherming van de persoonlijke levenssfeer zijn in de Nederlandse Grondwet corresponderende bepalingen opgenomen. Dit zijn de artikelen 10 t/m 13 Gw. Artikel 12 Gw beschermt het privéleven of huiselijk leven in de woning en stelt nadere regels voor het betreden van die woning. Artikel 13 Gw geeft de eerbiediging van het brief-, telefoon- en telegraafgeheim. In insolventieprocedures moet de schuldenaar een inbreuk op deze rechten accepteren. De inbreuk moet zijn voorzien bij de wet (legaliteittoets), noodzakelijk zijn in een democratische samenleving (noodzakelijkheidtoets of doelcriterium) en een legitiem doel nastreven (legitimiteittoets), waarbij in de regel een afweging van belangen zal plaatsvinden. In dit hoofdstuk wordt verder de communicatieve of informatieve privacybescherming besproken. Het gaat er daarbij om wie, welke informatie moet verschaffen en waarom dat is. Er zijn twee onderwerpen die nadere aandacht vragen. Dat zijn de bescherming van het briefge-

heim en van de woning. In het vonnis van faillietverklaring geeft de rechter een last tot het openen van brieven en telegrammen van de schuldenaar, die door TNT (Post) aan de curator moeten worden doorgezonden. Het gaat hier om welke correspondentie door de curator mag worden gelezen en gedurende welke periode dit mag voortduren. De curator maakt inbreuk op de grondrechten van de schuldenaar indien hij de correspondentie van de schuldenaar met de juridisch adviseur leest, kopieert en vervolgens in het dossier opbergt. Zo ook maakt de curator daarop een inbreuk indien de postblokkade gedurende een te lange periode voortduurt. Het Voorontwerp biedt een regeling die hieraan tegemoet komt (artikel 2.2.8 lid 4 Voorontwerp). Deze bepaling spreekt over aan de schuldenaar gerichte brieven, faxen, telegrammen en elektronische post gedurende een periode van ten hoogste drie maanden vanaf de insolventverklaring, maar laat de correspondentie van personen die een beroep kunnen doen op een verschoningsrecht erbuiten. Voor een dergelijke wijziging is een grondwetswijziging noodzakelijk omdat elektronische post thans nog onder de bescherming van artikel 13 Gw valt. TNT (Post) heeft sedert februari 2009 haar monopoliepositie, met name voor wat betreft het verzenden van brieven, verloren. Ook andere-, binnenlandse- en buitenlandse postbedrijven kunnen worden belast met de aflevering van aan de schuldenaar geadresseerde post. Dit heeft reeds een wijziging van de Faillissementswet noodzakelijk gemaakt, dat verdient een aanvulling. Er moet een specifieke regelgeving met ‘adequate and effective safeguards’ komen, met betrekking tot welke correspondentie moet worden doorgezonden en geopend en de periode gedurende welke dit mag plaatsvinden.

In dit kader verdient de (echtelijke) woning bijzondere aandacht. Indien de rechter-commissaris toestemming verleent voor de verkoop van het woonhuis waarin de schuldenaar en zijn kinderen in gezinsverband samenwonen moet de rechter-commissaris, uiteraard met inachtneming van alle andere omstandigheden, extra aandacht besteden aan de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en het familie- en gezinsleven. Dit zou kunnen leiden tot een uitstel of de keuze voor een minder vergaande inbreuk. Dit geldt ook voor de ontvanger indien in de woning een bodembeslag wordt uitgewonnen.

De artikelen 6 en 13 EVRM (hoofdstuk 3) geven het recht op een eerlijk proces. In dit hoofdstuk worden besproken: het recht op toegang tot de rechter, het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen, het bepalen van de gegrondheid van een strafvervolgning, het recht op een eerlijke behandeling, zoals het recht op tegenspraak (‘hoor en wederhoor’), de gelijkheid van wapenen (‘equality of arms’) het recht op een motivering van de uitspraak en de goede procesorde (‘fair play’), het recht op een openbare behandeling, het recht op afwikkeling van de procedure binnen een redelijke termijn, het recht op rechtspraak door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht en het recht dat de uitspraak in het openbaar wordt gewezen.

De faillissementsprocedure is een civielrechtelijke procedure, maar herbergt ook elementen van een strafrechtelijke of bestuursrechtelijke procedure in zich. Belastingprocedures vallen niet onder artikel 6 EVRM. Veel bestuursorganen, die zich als schuldeiser in het faillissement kunnen melden hebben voor een groot aantal overtredingen van bestuurswetgeving de bevoegdheid gekregen om – zonder voorafgaande toestemming van de rechter – een last onder bestuursdwang of onder dwangsom op te leggen ter handhaving van de regels die zij dienen uit te voeren. Deze vorm van bestuurlijke boete komt al sinds het begin van de vorige eeuw in het belastingrecht voor. Het zijn handhavingsbevoegdheden voor een bestuursorgaan. Het alternatief voor een bestuurlijke boete is een strafrechtelijke vordering. Deze bestuursrechtelijk boetes vallen onder het begrip strafvervolgning. De curator moet deze vorderingen aan de hand van artikel 6 EVRM beoordelen (verifiëren) of deze, indien de bestuurder aansprakelijk is, op de bestuurder verhalen. De curator is dan, gelijk het bestuursorgaan, aan de redelijke termijn van artikel 6 EVRM gebonden.

De faillissementsprocedure zelf (d.w.z. het beheer en de gerechtelijke vereffening van de boedel) valt niet onverkort onder de proceswaarborgen die in artikel 6 EVRM zijn opgenomen. Dit komt doordat in het faillissement niet steeds burgerlijke rechten en verplichtingen of de gegrondheid van een tegen de schuldenaar ingestelde strafvervolgning worden vastgesteld en de vereffening niet steeds valt aan te merken als een geschil ('dispute' of een 'constation'). Het faillissement wordt soms gezien als een tijdelijke maatregel. Dit neemt niet weg dat alle elementen van een eerlijk proces, zoals hoor en wederhoor, motivering van uitspraak en een procedure binnen een redelijke termijn wel in vrijwel alle deelprocedures aan de orde komen, ook als de Faillissementswet dit niet zelf voorschrijft, zoals bij het vaststellen van het salaris en het ontslag van de curator. Met name de afhandeling van het faillissement binnen een redelijke termijn vraagt bijzondere aandacht. Tenzij direct duidelijk is dat concurrente schuldeisers geen enkele uitkering zullen ontvangen moet de verificatievergadering zo spoedig mogelijk worden gehouden (artikel 108 Fw). Geschillen over de lange duur van procedures vormen een aanzienlijk deel van de werklast van het EHRM.

De artikelen 5 EVRM (hoofdstuk 4) geven eenieder het recht op vrijheid en veiligheid van zijn persoon. Niemand mag zijn vrijheid worden ontnomen, behalve in een beperkt aantal gevallen en overeenkomstig een wettelijk voorgescreven procedure. In de insolventieprocedure is inbewaringstelling van de schuldenaar met name mogelijk om de nakoming van een door de Faillissementswet voorgescreven verplichting te verzekeren. Die verplichting betreft meestal het geven van informatie en houdt daarmee verband met artikel 8 EVRM, waarin die verplichting is opgenomen. In dit hoofdstuk komen aan de orde: de gronden voor inbewaringstelling, de wijze waarop dit plaatsvindt, het recht op een voorziening en de duur. Eenieder die het slachtoffer is geweest van een arrestatie of inbewaringstelling, in strijd met de bepalingen van artikel 5

EVRM, heeft recht op een schadeloosstelling. In het geval van een onrechtmatige detentie geeft artikel 5 lid 5 EVRM een verdragsrechtelijke grondslag voor een civielrechtelijke schadevergoedingsregeling. Dit lijkt misschien meer dan het is. Het EVRM geeft een van een strafbaar feit verdacht persoon die vrijgesproken wordt, geen recht op vergoeding van proceskosten of op vergoeding van de schade veroorzaakt door zijn wettige detentie. De artikelen 89 lid 1 en 591a lid 2 Sv geven de rechter de bevoegdheid tot het toekennen van schadevergoeding wegens ondergane voorlopige hechtenis, respectievelijk tot toekenning van bepaalde kosten. In tegenstelling tot de artikel 591 lid 1 en 591a lid 1 Sv is de rechter niet verplicht de gevraagde bedragen toe te kennen als de in deze artikelen genoemde voorwaarden vervuld zijn. Bovendien bepaalt artikel 90 lid 1 Sv dat een toekenning van schadevergoeding op grond van art. 89 Sv plaatsvindt, indien en voor zover daartoe, naar het oordeel van de rechter, alle omstandigheden in aanmerking genomen, gronden van billijkheid aanwezig zijn. Het geven van een dergelijke beoordelingsvrijheid aan een publieke autoriteit duidt er volgens het EHRM in het Masson en Van Zon-arrest op dat er in Nederland door het nationale recht geen daadwerkelijk recht op vergoeding van deze schade erkend wordt. Voor de insolventieprocedure is verder van belang dat de schuldenaar wordt gehoord. Is hij niet eerder gehoord dan moet dit binnen een afzienbare periode daarna gebeuren.

Op grond van Artikel 2 Vierde Protocol heeft eenieder die wettig op het grondgebied van een Staat verblijft, binnen dat grondgebied het recht zich vrijelijk te verplaatsen en er vrijelijk zijn verblijfplaats te kiezen. Het verbod om de woonplaats, zonder toestemming, te verlaten is destijds nodig geoordeeld omdat de schuldenaar bij voortduring bereikbaar moet zijn voor het geven van inlichtingen. In de MvT op artikel 91 Fw wordt tevens vermeld dat het niet zeldzaam is dat een schuldenaar, die geen kans ziet een akkoord aan te bieden, zonder zich verder iets aan zijn boedel gelegen te laten liggen, naar elders vertrekt en dat de sanctie op deze bepaling de inbewaringstelling van artikel 89 Fw is. Het verbod te reizen moet terughoudend worden toegepast.

In het Voorontwerp Insolventiewet is de bepaling opgenomen dat de bewindvoerder, die een redelijk vermoeden heeft dat de schuldenaar een misdrijf heeft gepleegd als bedoeld in titel XXVI van het tweede Boek van het Wetboek van Strafrecht, of zich schuldig heeft gemaakt aan een poging tot, voorbereiding van of deelneming aan een dergelijk misdrijf, de verplichting heeft de rechter-commissaris hierover te informeren (Artikel 4.2.14 Voorontwerp). De rechter-commissaris kan vervolgens beslissen om de bewindvoerder al dan niet een aanwijzing te geven om aangifte te doen (artikel 4.3.4 Voorontwerp) of om zelf aangifte te doen. Een dergelijke verplichting komt in de Faillissementswet niet voor. Insolventiefraude heeft te maken met (kennelijk) onbehoorlijk bestuur en onbehoorlijk bestuur op zijn beurt met bestuurdersaansprakelijkheid, indien en voor zover dat bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Indien hiervan sprake is, kan zowel de officier van Justitie, als de ontvanger der directe

belasting het faillissement aanvragen en kunnen de curator en de ontvanger een actie uit bestuurdersaansprakelijkheid instellen. In hoofdstuk 5 wordt deze problematiek vanuit een strafrechtelijke, civielrechtelijke en bestuursrechtelijke invalshoek gezien. De conclusie is dat artikel 4.2.14 Voorontwerp niet moet worden ingevoerd omdat deze bepaling leidt tot een strafrechtelijk onderzoek dat niet aan de curator zou moeten worden opgedragen. In het bijzonder is aandacht besteed aan de procedure die leidt tot bestuurdersaansprakelijkheid. Deze procedure kan worden gevoerd door de Ontvanger en de curator, indien sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Deze procedures moeten binnen een redelijke termijn worden afgerond. Ook dit wordt verder uitgewerkt in hoofdstuk 5.

Artikel 1 EP EVRM (hoofdstuk 6) waarborgt voor eenieder de bescherming van de eigendom. De bepaling in de Grondwet die hiermee overeenstemt is artikel 14 Gw. In dit hoofdstuk zijn diverse inbreuken op het eigendomsrecht gedurende de insolventieprocedure nader gezien: verhaal, voorrang en voorrecht (met name het voorrecht van de belastingdienst), de omvang van de boedel (de inbreuk die de schuldenaar op zijn eigendomsrechten moet dulden), de wet schuldsaneringsregeling natuurlijke personen, de positie van de aandeelhouder en de vordering tot herstel van de boedel. Hier komen ook enige vormen van samenloop van vorderingen aan de orde. Het bodemvoorrecht moet worden afgeschaft, om dezelfde reden waarom het EHRM er in de ‘dissenting opinions’ vraagtekens bij heeft geplaatst.

In het laatste hoofdstuk 7 wordt de positie van de bij de insolventieprocedure betrokken partijen (de schuldenaar, de schuldeisers, de rechter-commissaris en de curator) nader beschouwd, waarbij nadruk ligt op de positie van de curator. Wat is de curator? Is hij ‘openbaar gezag’ of handelt hij als een gewone burger? Dit houdt verband met de horizontale en verticale verhouding. In dit kader zouden in elk geval de doelstellingen van het MDW project moeten worden verlaten. Het gaat daarbij immers om ‘marktwerking en deregulering’. Dit lijkt iets wat nu juist niet moet gebeuren. Door de marktwerking is de rol van de rechter-commissaris teruggedrongen en worden schuldeisers, die bijna per definitie conflicterende belangen met de schuldenaar hebben, op de voorgrond geplaatst. De rol van de rechter-commissaris en de curator, en daarmee hun opleiding moet veel beter en veel ruimer worden vorm gegeven. Er worden steeds meer zeer specifieke overheidstaken of maatschappelijke verplichtingen op het bord van de curator gelegd. Nog los van het feit dat de overheid dan ook de verantwoordelijk daarvoor moet nemen, passen verplichtingen van deze aard alleen indien de bewindvoerder de boedel kan besturen met een deugdelijk professioneel profiel, inclusief een deugdelijke taakomschrijving en een regeling omtrent geheimhouding en verschoning.

Summary

The central theme of this thesis is the relationship between the Netherlands' insolvency proceedings and human- and constitutional rights. These insolvency proceedings are: bankruptcy ('faillissement'), suspension of payment ('surseance van betaling'), debt-relieve proceedings for natural persons ('schuldsaneringregeling voor natuurlijke personen') and the new unitary insolvency proceeding ('insolventieprocedure'), that has recently (in 2007) been introduced by the 'Preliminary-draft Insolvency Law'. The central questions in this thesis, are:

'In which way do the parties concerned (the bankruptcy trustee, the debtor, the supervising-judge ('rechter-commissaris'), the creditors and related persons) involved in the opening, the course and winding up of insolvency proceedings should respect human rights? Which rights and obligation can they derive therefrom, which infringements of those rights should they accept and to which amendments of the law this should lead'?

Although all of the abovementioned insolvency proceedings are reviewed, emphasis is given to bankruptcy. Bankruptcy is the judicial sequestration and execution of the debtor's property for the benefit of the joint creditors. The bankruptcy of a debtor will be declared at his own request or at the request of one or more of his creditors, in case it is (reasonably) anticipated that he can no longer pay his debts. The bankruptcy-judgment contains the appointment of one of the judges of the court as supervising-judge and of one or more bankruptcy-trustees ('curator' or 'bewindvoerder'). The trustee is responsible for the management and liquidation of the insolvency estate. The supervising-judge exercises control.

Constitutional- and human rights can be defined as fundamental rights to which each human being is entitled to on the basis that he or she is human and therefore has intrinsic value. These rights derive from the dignity and mutual equality of each human being. They serve to safeguard the freedom of the citizen and deal with the relationship between the government and the individual that is aimed at the development of the individual in freedom. This survey took place on the basis of a limited number of provisions of the Netherlands' Constitution ('Gw'), the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ('ECHR') and the International Covenant on Civil and Political Rights ('ICCPR'). Judicial review of the insolvency proceedings to these provisions is restricted. Laws (as enacted by Parliament) are infrangible. At present article 120 of the Constitution prohibits a judge to test such laws, like the Bankruptcy Code, to the Constitution or to generally

accepted principles of justice, but on the other hand article 94 of the Constitution dictates that a judge should test legal provision to binding obligations introduced in treaties or conventions or organisations according to international law, like the ECHR and ICCP. That a judge may not tread on the constitutionality of an enacted law does not have to rule out that a judge finds an interpretation that is in conformity with the Constitution. In case legal provisions are incompatible with those in the international Conventions, exclusion may be prevented if the legal provision can be explicated or extended in the light of those Conventions. From this study it will appear that the Constitution sometimes adjudicates the debtor more, and sometimes less protection than the ECHM. A judge may then find a way out, but if more options are available this may exceed his powers, in which case it is for the legislator to find a solution.

This study has been carried out with regard to the following provisions:

- The right to respect for private and family life, the home and correspondence (article 8 ECHR);
- The right to a fair trial in the determination of his civil rights and obligations and of any criminal charge (article 6 ECHR);
- The right to an effective remedy (article 13 ECHR);
- The right to liberty and security (article 5 ECHR) and freedom of movement (article 2 Fourth Protocol ECHR);
- The right to receive and impart information (article 10 ECHR);
- The right to the peaceful enjoyment of his possessions (article 1 First Protocol ECHR).

After a short introduction explaining the various insolvency proceedings and the meaning of human rights in the first chapter, chapter 2 deals with article 8 ECHR: the right to respect for privacy. This provision distinguishes four related human rights. It acknowledges everyone respect for his privacy and family life, his home and his correspondence. For the protection of privacy corresponding provisions can be found in articles 10-13 of the Constitution. Article 12 protects the private or family life within the home and dictates more detailed provisions for entering. Article 10 protects the confidentiality of messaging by mail, telephone and telegram. During the insolvency proceedings the debtor should accept interference in his exercise of these rights, but every interference should be in accordance with the law (legality criterion), necessary in a democratic society (necessity criterion) and should pursue a legitimate purpose (legitimacy criterion). In the determination thereof the various interests should be considered. This chapter deals with the informatory and communicative privacy protection. Who has to give which information to whom and why does he have to do so? During the insolvency proceedings the debtor, the spouse and many

third parties (in case the debtor is a legal entity, the director) have to disclose the state of affairs of the debtor to the trustee, and the trustee may (have to) hand over this information to others. Two specific questions need special attention. These are the protection of confidentiality of the correspondence and the matrimonial home. In the judgment declaring the debtor insolvent (either in bankruptcy or in a debt-relieve proceeding) the court mandates the trustee to open and read the correspondence addressed to the debtor. This chapter deals with the question which correspondence may be intercepted and how the trustee should handle it. Although the interception of the debtor's correspondence during these proceedings is broadly accepted, the trustee infringes the debtor's human rights when he opens, reads and files correspondence with the debtor's legal advisor. So he does as well when the interception is prolonged for too long a period of time. The Preliminary-draft Insolvency Law (in article 2.2.8 par. 4) may accommodate this. This provision speaks about letters, faxes, telegrams and electronic mail addressed to the debtor for a period of three months, with the possibility of extensions, but exclude correspondence with third parties that may invoke professional confidentiality or a privilege of non-disclosure. On the other hand article 2.2.8 paragraph 4 is too wide. The interception of electronic mail does conflict with the Constitution, which will have to be amended. PTT (Post), the national delivery service, has lost its monopoly since February 2009. Now there are already many (foreign) delivery services that may deliver mail that is addressed to the debtor. The Bankruptcy Code will have to be amended at short notice to redress this. It is recommended that 'adequate and effective safeguards' will surround the interception of the debtor's mail. These safeguards are now not available. In this respect also the matrimonial home deserves special attention, especially in case the trustee receives permission to sell the home, in which the debtor lives with his spouse and children in a family relation. This should lead to a postponement, dependant on the personal circumstances, their behaviour leading to the bankruptcy and the other interests, in order to accommodate the new situation or to prepare alternatives.

In case there is a dispute in the determination of civil rights and obligations or of a criminal charge, the provisions in articles 6 and 13 ECHR (Chapter 3) deal with the right to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law and a judgment that should be pronounced publicly. This includes access to a judge or a court that satisfies these conditions. A fair trial includes other guarantees, such as the right to hear both sides, equality of arms, fair play and the right that the judgment states the reasons. These 'procedural law guarantees in article 6 ECHR are not applicable in administrative proceedings, like tax-proceedings. A bankruptcy proceeding, i.e. the administration and liquidation of the debtor's estate, is a

civil law proceeding, but does include elements of administrative and criminal law as well. Many administrative organisations (like the tax authorities, the financial authorities, etc.) may file their claim in the bankruptcy as a creditor. These authorities have the competence to impose, without judicial consent, administrative penalties, damages or sanctions, in case of non-compliance. These sanctions are considered as a criminal charge and are thus brought under the scope of article 6 ECHR. In case these authorities file their claims in the bankruptcy it is for the trustee to determine whether the debtor's rights have adequately been protected. The trustee is under the obligation to verify the claim and he is thus bound by article 6 ECHR.

The bankruptcy procedure itself (that is to say the administration and liquidation of the estate) does not fall unimpaired under the procedural guarantees of article 6 ECHR. This is because the bankruptcy is not always a 'determination of civil rights and obligations' and the administration or execution of the estate is not always a 'dispute'. Bankruptcy has sometimes been seen as a temporary or provisional measure. That does not alter the fact that the elements of a fair trial, such as the right to listen to both sides, equality of arms, fair play and the right that the judgment states the reasons, come up for consideration, even in case the Bankruptcy Code itself does not explicitly state so. This is for example the case when the salary of the trustee is determined or the trustee is dismissed. Especially the settlement of the bankruptcy proceedings within a reasonable time asks for a special attention. Disputes regarding the length of time bankruptcy proceedings drag on form a substantial part of the European court's workload.

According to article 5 ECHR (chapter 4) everyone has the right to liberty and security. No one shall be deprived of his liberty, save in a number of specific cases and in accordance with a procedure prescribed by law. During the insolvency proceeding a lawful arrest or detention ('debtors' prison') is possible for non-compliance with the lawful order of a court or in order to secure the fulfilment of any obligation prescribed by law. Such an obligation will usually be providing the trustee with information. This is closely related to article 8 ECHR, where such an obligation is provided for. Chapter 4 deals with the cases for detention, the way this is exercised, the period of time it may last and the right to compensation for the victim of an unlawful detention. Article 5 paragraph 5 ECHR provides for a civil right to compensation. This probably seems more than it actually is. The ECHR does not give a person, acquitted from a penal offence, a right to compensation for legal fees or damages caused by the temporary detention he endured. In the Netherlands compensation may be awarded, but the judge is not obliged to do so. He will only do so if and in so far

all circumstances taken into consideration, this is reasonable and fair. Since the legal authorities have a considerable freedom to assess, the European court of Human Rights decided that under Netherlands' law no actual right to receive compensation exists. Especially in the insolvency proceeding it is of importance that the debtor is heard, either before the detention starts or otherwise as soon as possible thereafter.

Article 2 of the Fourth Protocol gives everyone within the territory of a State, within that territory, the liberty to move freely and to leave any country, including his own. The debtor's right to use this liberty may be restricted. He may not, without permission, leave his place of residence. When this was introduced it was considered that the debtor must be permanently available for providing the trustee with information and since it was not uncommon that the debtor often took refuge without offering his creditors a composition, it was not found unreasonable to keep the debtor within the limits of his place of abode. Nowadays this is considered too harsh a rule and most probably not acceptable by the European Court. It is accepted in case of flagrant negligence. The Preliminary-draft speaks of the restriction to leave The Netherlands. Also this rule should be applied with restraint.

Chapter 5. The Preliminary-draft in article 4.2.14 introduces a provision that the trustee should inform the supervising-judge in case he has a reasonable presumption that the debtor did commit a criminal offence as meant in Title XXVI, Book 2 of the Criminal Code, made an attempt thereto or was an accessory to such a crime. The supervising-judge may then decide to instruct the trustee to report the criminal offence to the district attorney or the supervising-judge may report the offence himself. A similar provision does not appear in the Bankruptcy Code. It is meant for the fight against insolvency fraud. Insolvency fraud is connected to the concept of apparent improper management or fraudulent, dishonest, wrongful or negligent trading, that was an important cause of the bankruptcy and this may lead to the director's liability for the entire deficit in the bankruptcy. This action is available to both the trustee and the Official (Tax) Receiver. In this chapter the director's liability has been approached from a criminal, civil law and penal law aspect. In these actions the reasonable time of article 6 ECRM plays an important role. The conclusion is that it may have to be reconsidered to impose such an obligation on the trustees' shoulders. There is a certain tension between the rights of the debtor, as a suspected person and the duties of the debtor to co-operate.

Article 1 First Protocol ECHR (Chapter 6) entitles every natural or legal person to the peaceful enjoyment of his possessions. The corresponding provision in

our Constitution is article 14. In this chapter a number of possible infringements coherent with insolvency proceedings are reviewed: recourse, priority and privilege, (especially the privilege of the Tax authority), the extent of the bankruptcy estate, (the interference the debtor has to tolerate), the position of the shareholder and 'the claim for the recovery of the estate'. Also some forms of concurrence of claim have been discussed. The privilege of the Tax authorities: the attachment of property which belong to someone else ('bodenvoorrecht') should be abolished for the same reason the dissenting opinions in the European court placed its question marks.

In the last chapter (Chapter 7) the position of the various stakeholders (debtor, creditor and trustee) in the insolvency proceedings is considered in more detail. Is the trustee a 'public authority'? Or does he act as a normal civilian? This is seen in the horizontal and vertical relation. The MDW-concept, the 'free market and deregulation' concept, which is the basis for the Preliminary-draft for the new Insolvency law, should be reconsidered in so far the supervisory-judge is pushed back and the creditors, who in fact always have conflicting interests, are placed on the foreground. The role of the supervisory-judge and trustee, and with that their training should mould into the specific and social governmental tasks that are put on their shoulders. Apart from that the Government should accept responsibility for their dealing and apart from that, the trustee should only be burdened with these specific tasks, within a professional profile, including a regulatory environment regarding a clear description of tasks, confidentiality and a privilege of non-disclosure.

Verkort aangehaalde literatuur

Akkermans 2005

P.W.C. Akkermans, C.J. Bax, L.F.M. Verhey, *Grondrechten en grondrechtbescherming in Nederland*, Deventer: Kluwer/Heerlen: Open Universiteit 2005

Alkema 1978

E.A. Alkema, *De invloed van de Europese Conventie op het Nederlandse recht*, dissertatie Leiden, Deventer: Kluwer 1978

Alkema 1985

E.A. Alkema, *Toepassing van de Europese Conventie voor de Rechten van de Mens in Nederland*, preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1985

Alkema 1995

E.A. Alkema, *De reikwijdte van fundamentele rechten – de nationale en international dimensies*, preadvies NJV 1995, p. 5-129, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995

Van Andel 2006

W.J.M. van Andel, *De Peeters/Gatzenvordering*, preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2006, p. 1-86

Asscher 2002

L. Asscher, *Communicatie grondrechten. Een onderzoek naar de constitutionele bescherming van het recht op vrijheid van meningsuiting en het communicatiegeheim in de informatiesamenleving*, diss. UvA, Amsterdam: Cramwinckel 2002

Asser 1991

W.D.H. Asser, *Grenzen van de waarheidsvinding in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 1991

Asser-Maeijer 2000

C. Asser, bewerkt door J.M.M. Maeijer, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000

Van Baarda 1992

Th A. van Baarda, *Oordeelsvorming in casus van botsende grondrechten*, diss. Enschede, Arnhem: 1992

Barendrecht 1992

J.M. Barendrecht, *Het constitutionele toetsingsrecht van de rechter*, preadvies NJV 1992, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 85-172

Barkhuysen 1998

T. Barkhuysen, *Artikel 13 EVRM: effectieve nationale rechtsbescherming bij schending van mensenrechten*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1998

Barkhuysen, Van Emmerik en Rieter 2008

T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik en E.R. Rieter, *Procederen over mensenrechten onder het EVRM, het IVBPR en andere VN-verdragen* Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008

Barkhuysen-Van Emmerik-Ploeger 2005

T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik en H.D. Ploeger, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht*, Preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk recht, Deventer: Kluwer 2005

Boekman 1996

S. Boekman, *De verzoekschriftprocedure*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996

Boekraad 1997

G.A.J. Boekraad, *Afwikkeling van de faillissementsboedel*, diss. Nijmegen, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997

De Boer 1990

J. de Boer, *Art. 8 EVRM*, Algemeen, preadvies NJV 1990, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 1-64

Burkens 1989

M.C. Burkens, *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989

Van Buchem-Spapens/Pouw 2004

A.M.J. van Buchem-Spapens en Th. A. Pouw, *Faillissement, surseance van betaling en schuldsanering*, Monografieën Privaatrecht, nr. 2, Deventer: Kluwer 2004

Von Brucken-Fock 1983

E.P. von Brucken Fock, *Tot welke wijzigingen in het Nederlandse procesrecht dienen de beginselen van behoorlijke rechtspraak, neergelegd in artikel 6 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden aanleiding te geven?*, Preadvies NJV 1983, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1983, p. 149-263

Corstens 1999

G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Gouda Quint 1999

Cuijpers 2007

C. Cuijpers, *Privacyregulering in theorie en praktijk*, J.M.A. Berkvens en J.E.J. Prins (red.), Deventer: Kluwer 2007

Van Dooren 2002

M.I. van Dooren, *Inleiding Mensenrechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002

Doorduijn 1994

N. Doorduijn, *De invloed van het Europese Hof voor de rechten van de Mens op de Nederlandse Rechtspraak*, Den Haag: T.M.C. Asser Instituut 1994

Van Dijk 1983

P. van Dijk, *De op Nederland rustende verplichtingen ter zake van een behoorlijke rechtspraak*, preadvies NJV 1983, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1983, p. 7-148

Van Dijk-Van Hoof 1990

P. van Dijk, F. van Hoof, *De Europese conventie in theorie en praktijk*, Nijmegen: Ars Aequi 1990

Van Dijk-Van Hoof 2006

P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn en L. Zwaak (red.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Fourth Edition, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2006

Van Dijk-Van Hoof 1982

P. van Dijk, F. van Hoof, *De Europese conventie in theorie en praktijk*, Nijmegen: Ars Aequi 1982

Ekelmans 2007

J. Ekelmans, *De exhibitieplicht in kort bestek*. Zutphen: Uitgeverij Paris 2007

Emberland 2006

M. Emberland. *The Human Rights of Companies*, Oxford University Press 2006

Van der Feltz I 1896

G.W.van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het faillissement en de surséance*, bewerkt door G.W. baron van der Feltz, deel I (1896); Heruitgave bewerkt door S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, Serie Onderneming en recht, deel 2-I, Zwolle: E.E.J. Tjeenk Willink 1994

Van der Feltz II 1897

G.W.van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het faillissement en de surséance*, bewerkt door G.W. baron van der Feltz, deel II (1897); Heruitgave bewerkt door S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, Serie Onderneming en recht, deel 2-I, Zwolle: E.E.J. Tjeenk Willink 1994

Feteris 2002

M.W.C. Feteris, *Fiscale bestuurlijke boetes en het recht op een behoorlijk proces*, Deventer: Kluwer 2002

Frowein/Peukert 1985

J.A. Frowein; W. Peukert, *Europäische Menschenrechts-konvention*, Kehl Straatsburg: Arlington 1985

Gearty en Davies 2000

C. Gearty, S. Davies QC, *Insolvency Practice and the Human Rights Act 1998*, Bristol: Jordans 2000

Geerts 2004

P.G.F.A. Geerts, *Enkele formele aspecten van het enquêterecht*, diss. Groningen, Deventer: Kluwer 2004

De Groot 2006

H. de Groot, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2006

Molengraaff-Star Busmann 1951

W.L.P.A. Molengraaff, *De Faillissementswet verklaard*, bewerkt door C.W. Star Busmann, 4^e druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1951

Hilverda 1992

C.M. Hilverda, *Faillissementsfraude, Een studie naar de strafrechtelijke handhaving van faillissementsrechtelijke normen*, diss. Nijmegen, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992

Hilverda, diss. 1999

C.M. Hilverda, *Faillissementsfraude, Een studie naar de strafrechtelijke handhaving van faillissementsrechtelijke normen* diss. Nijmegen, 2^{de} druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1999

Hilverda 1999-I

C.M. Hilverda (red.) G.S.E. Dorlo, J. Lely en W.J. Bartels RA, *Faillissementsfraude in de praktijk*, Deventer: Kluwer 1999

Huls-Schellekens 2001

N.J.H. Huls en V. Schellekens, *Je ziet de gaten in hun handen*, Utrecht: Uitgeverij Lemma B.V. 2001

Jansen 2000

A.M.L. Jansen. *De redelijke termijn, met name in het bestuursrecht*, diss. Tilburg, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000

Keulen 1990

B.F. Keulen, *Bankbreuk, ons strafrechtelijk faillissementsrecht*, diss. Groningen, Arnhem: Gouda Quint 1990

Van Koppen 1998

F.P. van Koppen, *Actio pauliana en onrechtmatige daadvordering*, diss, Tilburg, Deventer: Kluwer 1998

Kortmann/Faber, Wetswijzigingen 1995

S.C.J.J. Kortman, N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet, Wetswijzigingen*, Serie Onderneming en recht deel 2-III, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Koekkoek 1992

A.K. Koekkoek (red.) e.a., *De Grondwet, een artikelsgewijs commentaar*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1992

Knigge 1998

Knigge, *Effectieve toegang tot het civiele geding*, diss. Groningen, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998

Kroeze 2004

M.J. Kroeze, *Afgeleide schade en afgeleide actie*, diss. Utrecht, Deventer: Kluwer 2004

Vande Lanotte-Haeck 2005

J. vande Lanotte en Y. Haeck (red), *Handboek EVRM*, deel I, 2-I en 2-II, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2005

Leuftink 1995

A.L. Luftink, *Surséance van betaling*, Deventer: Kluwer 1995

Losbl. Fw.

R.J. van Galen e.a. (red), *Faillissementswet* (losbl. Vanaf 1973), Deventer: Kluwer

Cie-Mijnssen 1989

Rapport van de Commissie ter advisering omtrent eventuele herziening van de Faillissementswet, oktober 1989

Noordam 2007

A.J. Noordam, *Schuldsanering en goede trouw*, diss. VU, Amsterdam: 2007

Van der Pot-Donner 2001

Handboek van het Nederlandse staatsrecht (bewerkt door L. Prakke, J.L. De Reede en G.J.M. van Wissen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001

Polak-Polak 1972

M. Polak's *Handboek voor het Nederlandse Handels- en faillissementsrecht*, deel I, derde gedeelte, Faillissement en surséance van betaling, 7^e druk, bewerkt door N.J. Polak, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1972

Polak-Pannevis 2008

N.J. Polak, bewerkt door M. Pannevis, *Faillissementsrecht*, Deventer: Kluwer 2008

Scheltens 1981

D.F. Scheltens, *Mens en Mensenrechten*, Alphen aan de Rijn: Samsom 1981

Smits 1996

P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996

Veegens 1909

J.D. Veegens, *Wet op het faillissement en surseance van betaling*, 4^{de} druk, Haarlem: W.E.J.Tjeenk Willink 1909.

Verdaas 2008

A.J. Verdaas, *Stil pandrecht op vorderingen op naam*, diss. Nijmegen, Deventer: Kluwer 2008

Verstijlen, diss 1998

F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de taak, bevoegdheid van de faillissementscurator*, diss. Tilburg, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1998

Verschoof 1998

R.J. Verschoof, *Schuldsaneringsregeling voor natuurlijke personen*, Amsterdam, NIBE, 1998

Viering 1994

M.L.W.M. Viering, *Het toepassingsgebied van artikel 6 EVRM*, diss. Nijmegen, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994

De Waard 1987

B.W.N. de Waard, *Beginselen van behoorlijke rechtspleging, met name in het administratief procesrecht*, diss. Utrecht, Zwolle: W.E.J.Tjeenk Willink 1987

Van Wissen 1992

G.J.M. van Wissen, *Grondrechten*, Zwolle : W.E.J. Tjeenk Willink 1992

Wessels Insolventierecht

B. Wessels, *Insolventierecht*, Deventer : Kluwer (in 10 delen)

Verkort aangehaalde literatuur

Wesseling-van Gent 1994

E.M. Wesseling-Van Gent, *Het civiele geding in de toekomst*, diss. Groningen, Arnhem: Gouda Quint 1987

Wezeman, 1998

J.B. Wezeman, *Aansprakelijkheid van bestuurders*, diss. Groningen, Deventer: Kluwer 1998

Jurisprudentieregister

De rechtspraak van het EHRM worden in de Engelse en Franse taal gepubliceerd door Carl Heymanns Verlag KG (Keulen). Tot 1 januari 1996 bestond deze publicatie uit de Serie A (de uitspraak zelf) en Serie B (de processtukken, mondelinge behandeling en documenten). Vanaf 1996 worden alle uitspraken gepubliceerd in de Reports of Judgments and Decisions. Via internet is alle rechtspraak te vinden op de website: www.echr.coe.int via de zoekmachine 'HUDOC'.

15 maart 1961, no. 343/57 (Nielsen v. Denemarken)	99
1 juli 1961, no. 332/57 (Lawless v. Ierland, no. 3)	154, 156
23 oktober 1963, no. 788/60 (Oostenrijk v. Italië)	282
2 oktober 1964, no. 1931/63 (X. v. Oostenrijk)	84, 154
27 juni 1968, no. 1936/63 (Neumeister v. Oostenrijk)	115, 116
10 november 1969, no. 1062/62 (Stögmüller v. Oostenrijk)	124
17 januari 1970, no. 2689/65 (Delcourt v. België)	116, 121
16 juli 1971, no. 2614/65 (Ringelsen v. Oostenrijk)	60, 84, 85,
10 maart 1972, no. 2832/66 (De Wilde, Ooms en Versyp v. België)	63
22 juni 1972, no. 2614/65 (Ringelsen v. Oostenrijk) (article 50)	243, 276
20 juli 1973, no. 6040/73 (X v. Ireland)	146
23 juni 1973, no. 2614/63 (Ringelsen v. Oostenrijk) (Interpretation)	243
21 februari 1975, no. 4451/70 (Golder v. Verenigd Koninkrijk)	53, 61, 63, 122
2 oktober 1975, no. 6837/74 (X. v. België)	84
10 december 1975, no. 6659/74 (X. v. Duitsland)	154
25 januari 1976, no. 5310/71 (Ireland v. Verenigd Koninkrijk)	285
8 juni 1976, no. 5100/71 e.a. (Engel e.a. v. Nederland)	94, 95, 149, 153, 154, 163
6 oktober 1976, no. 7317/75 (Lynas v. Zwitserland)	116
8 oktober 1976, no. 6916/75 (X., Y., en Z. v. Zwitserland)	93
7 december 1976, no. 5493/72 (Handyside v. Verenigd Koninkrijk)	224
28 februari 1977, no. 7450/76 (X. v. België)	99
7 juli 1977, no. 6289/73 (Airey v. Ierland)	154
18 januari 1978, no. 5310/71 (Ireland v. Verenigd Koninkrijk)	11, 153
28 juni 1978, no. 6232/73 (König v. Duitsland)	126

6 september 1978, no. 5029/71 (Klass e.a. v. Duitsland)	44, 45, 53
26 april 1979, no. 6538/74 (Sunday Times v. Verenigd Koninkrijk) (No. 1)	53
13 juni 1979, no. 6833/74 (Marckx v. België)	38, 43, 224, 282
9 oktober 1979, no. 6289/73 (Airey v. Ierland)	63
24 oktober 1979, no. 6301/73 (Winterwerp v. Nederland)	35, 88, 93, 101, 149, 153
13 december 1979, no. 8278/78 (X. v. Oostenrijk)	154
27 februari 1980, no. 6903/75 (Deweert v. België)	94, 95
17 juli 1980 no. 7598/76 (Kaplan v. Verenigd Koninkrijk)	254, 257
7 oktober 1980, no. 8916/80 (Freda v. Italië)	154
6 november 1980, no. 7367/76 (Guzzardi v. Italië)	149, 150, 155
10 maart 1981, no. 8988/80 (X. v. België)	14, 56, 92, 93, 168, 226
6 mei 1981, no. 7759/77 (Buchholz v. Duitsland)	128, 130
23 juni 1981, no. 6878/75 e.a. (Le Compte, Van Leuven en De Meyere v. België)	85, 133, 134, 138
5 november 1981, no. 7215/75 (X. v. Verenigd Koninkrijk)	155
10 maart 1982, no. 8848/80 (Bentham v. Nederland)	63
15 juli 1982, no. 8130/76 (Eckle v. Duitsland), A. 51	18
23 september 1982, no. 7151/75 (Sporrong and Lönnroth v. Zweden)	85, 224
12 oktober 1982, no. 8588/79 e.a. (Bramelid en Malmström v. Zweden)	133, 134
8 december 1982, no. 8790/79 (Sramek v. Oostenrijk)	133, 134
28 januari 1983, no. 9266/81 (Yarrow PLC e.a. v. Verenigd Koninkrijk)	251
10 februari 1983, no. 7299/75 (Albert en Le Compte v. België)	85, 133
25 maart 1983, no. 8660/79 (Minelli v. Zwitserland)	160
25 maart 1983, no. 5947/72 e.a. (Silver e.a. v. Verenigd Koninkrijk)	53, 54
13 juli 1983, no. 8737/79 (Zimmerman en Steiner v. Zwitserland)	131
8 december 1983 no. 8273/78 (Axen v. Duitsland)	122, 141
8 december 1983 no. 7984/77 (Pretto e.a. v. Italië)	122, 127, 141
21 februari 1984, no. 8544/79 (Öztürk v. Duitsland)	94, 97, 133, 151
22 februari 1984, no. 8209/78 (Sutter v. Zwitserland)	122, 141
22 mei 1984, no. 8805/79 (De Jong, Baljet, Van den Brink v. Nederland)	156
28 juni 1984, no. 7819/77 e.a. (Campbell and Fell v. Verenigd Koninkrijk)	53, 122, 134, 141

10 juli 1984, no. 8990/80 (Guincho v. Portugal)	127, 131, 132
2 augustus 1984, no. 8691/78 (Malone v. Verenigd Koninkrijk)	22, 53, 54
2 oktober 1984, no. 10781/84 (X. v. Nederland)	110
22 oktober 1984, no. 8790/79 (Sramek v. Oostenrijk)	133, 134
26 oktober 1984, no. 9186/80 (De Cubber v. België)	133, 158
10 december 1984, no. 10259/83 (S.p.r.l. Anca v. België)	18, 83, 252, 254, 257
26 maart 1985, no. 8978/80 (X. en Y. v. Nederland)	23
28 mei 1985, no. 8225/78 (Ashingdane v. Verenigd Koninkrijk)	67
8 juli 1985, no. 9815/82 (Lingens v. Oostenrijk)	56
18 oktober 1995, no. 10825/84 (R. en W. Howard v. Verenigd Koninkrijk)	224
23 oktober 1985, no. 8848/80 (Bentham v. Nederland)	63, 85
21 februari 1986, no. 8793/79 (James e.a. v. Verenigd Koninkrijk)	85
29 mei 1986, no. 9384/81 (Deumeland v. Duitsland)	64, 84, 126, 131
29 mei 1986, no. 8562/79 (Feldbrugge v. Nederland)	64, 84, 101, 116
26 juni 1986, no. 8543/79 e.a. (Van Marle e.a. v. Nederland)	86, 112, 140, 224
8 juli 1986, no. 9006/80 e.a. (Lithgow e.a. v. Verenigd Koninkrijk)	133, 134, 227, 234
15 juli 1986, no. 9938/82 (Bricmont v. België)	99, 100
7 oktober 1986, no. 10730/84 (A. en R. Berrehab v. Nederland)	38
24 oktober 1986, no. 9118/80 (Agosi v. Verenigd Koninkrijk)	195, 227
24 november 1986, no. 9063/80 (Gillow v. Verenigd Koninkrijk)	21, 38
11 december 1986, no. 11189/84 (Company S. and T. v. Sweden)	251, 254, 256
18 december 1986, no. 9697/82 (Roy Johnston, Janice and Nessa Williams-Johnston v. Ierland)	38
26 maart 1987, no. 9248/81 (Leander v. Zweden)	23, 34, 36
23 april 1987, no. 9273/81 (Ettl v. Oostenrijk)	133
23 april 1987, no. 9816/82 (Poiss v. Oostenrijk)	126, 127
23 april 1987, no. 9316/81 (Lechner en Hess v. Oostenrijk)	127, 131
23 april 1987, no. 9616/81 (Erkner en Hofauer v. Oostenrijk)	128
4 mei 1987, no. 12040/86 (M. v. Verenigd Koninkrijk)	34, 68
25 juni 1987, no. 9381/81 (Capuano v. Italië)	125, 127, 129, 132
25 augustus 1987, no. 9912/82 (Lutz v. Duitsland)	94, 160
5 oktober 1987, no. 12057/86 (Akerblom v. Zweden)	134

5 november 1987, no. 11834/85 (Euro Art Centre B.V., Piggott, Piggot-Hughes v. Nederland)	256
13 november 1987, no. 11118/84 (Bock v. Duitsland)	127
30 november 1987, no. 8950/80 (H. v. België)	134
18 december 1987, no. 11329/85 (F. v. Zwitserland)	282
29 februari 1988, no. 9106/80 (Bouamar v. België)	154
24 maart 1988, no. 10465/83 (Olsson v. Zweden) (No. 1)	54
27 april 1988, no. 9659/82 e.a. (Boyle and Rice v. Verenigd Koninkrijk)	53
29 april 1988, no. 10328/83 (Belilos v. Zwitserland)	282
24 mei 1988, no. 10737/84 (Müller e.a. v. Zwitserland)	56
20 juni 1988, no. 11368/85 (Schönenberger en Dumaz v. Zwitserland)	53
21 juni 1988, no. 10730/84 (Berrehab v. Nederland)	38
12 juli 1988, no. 10862/84 (Schenk v. Zwitserland)	219
26 oktober 1988 no. 11371/85 (Martins Moreira v. Portugal)	126, 129
29 november 1988, no. 11209/84 (Brogan v. Verenigd Koninkrijk)	54, 156
22 februari 1989, no. 11152/84 (Ciulla v. Italië)	155
30 maart 1989, no. 10461/83 (Chappell v. Verenigd Koninkrijk)	40, 41, 53
24 mei 1989, no. 10486/83 (Hauschild v. Denemarken)	137
7 juli 1989, no. 18773/84 (Tre Traktörer Aktiebolag v. Zweden)	134, 225
7 juli 1989, no. 11681/85 (Unión Alimentaria Sanders SA v. Spanje)	126, 127, 130
7 juli 1989, no. 10454/83 (Gaskin v. Verenigd Koninkrijk)	23, 36
24 oktober 1989, no. 10073/82 (H. v. Frankrijk)	132
25 oktober 1989, no. 10842/84 (Allan Jacobsson v. Zweden) (No. 1)	134
13 november 1989, no. 11118/84 (Bock v. Duitsland)	127
19 december 1989, no. 10522/83 e.a. (Mellacher e.a. v. Oostenrijk)	227
11 juli 1989, no. 11598/85 (Société Stenuit v. Frankrijk)	97
21 februari 1990, no. 11509/85 (Van der Leer v. Nederland)	150, 153, 156
21 februari 1990, no. 11855/85 (Håkansson en Stureson v. Zweden)	63, 134
22 mei 1990, no. 11034/84 (Weber v. Zwitserland)	85, 95
28 juni 1990, no. 11761/85 (Obermeier v. Oostenrijk)	128, 134
28 juni 1990, no. 11309/84 (Mats Jakobsson v. Zweden)	63
28 juni 1990, no. 12258/86 (Skärby v. Zweden)	134
30 augustus 1990, no. 12244/86 e.a. (Fox, Campbell en Hartley v. Verenigd Koninkrijk)	155

27 september 1990, no. 12535/86 (Wassink v. Nederland)	153, 159
4 oktober 1990, no. 12633/87 (Smith Kline en French Laboratories Ltd v. Nederland)	225
23 oktober 1990, no. 11296/84 (Moreira de Azevedo v. Portugal)	129, 282
18 februari 1991, no. 12033/86 (Fredin v. Zweden) (No. 1)	225
20 februari 1991, no. 11889/85 (Vernillo v. Frankrijk)	130
19 maart 1991, no. 11069/84 (Cardot v. Frankrijk)	18, 130
23 mei 1991, no. 11662/85 (Oberschlick v. Oostenrijk)	135
27 augustus 1991, no. 13057/87 (Demicoli v. Malta)	134
28 augustus 1991, no. 11170/84 e.a. (Brandstetter v. Oostenrijk)	102
29 november 1991, no. 12742/87 (Pine Valley Developments Ltd v. Ierland)	253
28 november 1991, no. 12843/87 (Koster v. Nederland)	156
12 februari 1992, no. 14807/89 (Agrotexim Hellas, Biotex, Hymofix Hellas, e.a. v. Griekenland)	248, 250-256
27 februari 1992, no. 12088/86 (Idrocalce s.r.l. v. Italië)	129
27 februari 1992, no. 12460/86 (Ruotolo v. Italië)	129
31 maart 1992, no. 18020/91 (X v. Frankrijk)	130
16 december 1992, no. 13710/88 (Niemietz v. Duitsland)	23, 40, 44
16 december 1992, no. 12945/87 (Hadjianatassiou v. Griekenland)	119
26 januari 1993, no. 14379/88 (W. v. Zwitserland)	162
24 februari 1993, no. 14396/88 (Frey v. Oostenrijk)	135
25 februari 1993, no. 10828/84 (Funke v. Frankrijk)	40, 168, 214
26 februari 1993, no. 12775/87 (De Micheli v. Italië)	131
19 april 1993, no. 13942/88 (Kraska v. Zwitserland)	99
23 juni 1993, no. 12953/87 (Ruiz-Mateos v. Spanje)	101
30 juni 1993, no. 18969 (Ollila v. Finland)	48
1 juli 1993, no. 14570/89 (Procola v. Luxemburg)	225
24 augustus 1993, no. 13924/88 (Nortier v. Nederland)	135
25 augustus 1993, no. 13126/87 (Sekanina v. Oostenrijk)	160
1 september 1993, no. 20062/92 (B. Company v. Nederland)	18
13 oktober 1993, no. 17208/90 (Hannak v. Oostenrijk)	128
ECRM 21 oktober 1993, no. 8531/79 (Gasus Dossier- und Fördertechnik GmbH v. Nederland)	232, 233, 235
27 oktober 1993, no. 14448/88 (Dombo Beheer v. Nederland)	83, 84
8 december 1993, no. 7984/77 (Pretto e.a. v. Italië)	122, 127, 141
8 december 1993, no. 8273/78 (Axen v. Duitsland)	122, 141
22 februari 1994, no. 12954/87 (Raimondo v. Italië)	163
24 februari 1994, no. 1257/86 (Bendenoun v. Frankrijk)	97, 195, 257
23 maart 1994, no. 14940/89 (Silva Pontes v. Portugal)	126, 129
19 april 1994, no. 16034/90 (Van de Hurk v. Nederland)	117, 119, 134

22 april 1994, no. 15651/89, (Saraiva de Carvalho v. Portugal)	92, 203, 208
21 september 1994 no. 17101/90 (Fayed v. Verenigd Koninkrijk)	94, 204, 207
2 oktober 1994, no. 1931/63 (X. v. Oostenrijk)	84, 154, 254
27 oktober 1994, no. 12539/86 (Katte Klitsche de la Grange v. Italië)	130
28 oktober 1994, no. 14310/88 (Murray v. Verenigd Koninkrijk)	155
9 december 1994, no. 18390/91 (Ruiz Torija v. Spanje)	119
9 december 1994, no. 18064/91 (Hiro Balini v. Spanje)	117, 118
9 december 1994, no. 19005/91 e.a. (Schouten en Meldrum v. Nederland)	130
9 december 1994, no. 16798/90 (López Ostra v. Spanje)	117, 118
9 september 1994, no. 13092/87 en 13984/88 (Holy Monasteries v. Griekenland)	224
23 februari 1995, no. 15375/89 (Gasus Dossier- und Fördertechnik GmbH v. Nederland)	233, 235
26 april 1995, no. 16922/90 (Fischer v. Oostenrijk)	80
5 september 1995, no. 23953/94, (Reiss v. Oostenrijk)	40
28 september 1995, no. 15346/89 (Masson en Van Zon v. Nederland)	86, 158, 159
28 september 1995, no. 14570/89 (Procola v. Luxemburg)	93, 136
24 oktober 1995, no. 14807/89 (Agrotexim e.a. v. Griekenland)	267
20 november 1995, no. 17849/91 (Pressos Compania Naveira SA v. België)	225
8 februari 1996, no. 20826/92 (A. v. Denemarken)	125
20 februari 1996, no. 15764/89 (Lobo Machado v. Portugal)	210
20 februari 1996, no. 19075/91 (Vermeulen v. België)	107, 210
22 februari 1996, no. 17358/90 (Bulut v. Oostenrijk)	135
27 maart 1996, no. 17488/90 (Goodwin v. Verenigd Koninkrijk)	11
25 april 1996, no. 15573/89 (Gustafsson v. Zweden)	226
10 juni 1996, no. 17602/91 (Thomann v. Zwitserland)	135
7 augustus 1996, no. 19874/92 (Ferrantelli en Santangelo v. Italië)	135
16 september 1996, no. 15777/89 (Matos E Silva, Ltda. e.a. v. Portugal)	257
25 september 1996, no. 20348/92 (June Buckley v. Verenigd Koninkrijk)	38
23 oktober 1996, no. 17748/91 (Ankerl v. Zwitserland)	116
15 november 1996, no. 22461/93 (Ceteroni v. Italië)	49
17 december 1996, no. 19187/91 (Saunders v. Verenigd Koninkrijk)	214

18 december 1996, no. 21987/93 (Aksoy v. Turkije)	156
18 december 1996, no. 15318/89 (Loizidou v. Turkije)	38
18 februari 1997, no. 18990/91 (Nideröst-Huber v. Zwitserland)	101
18 maart 1997, no. 21497/93 (Mantovanelli v. Frankrijk)	210
25 juni 1997, no. 20122/92 (Van Orshoven v. België)	108
29 augustus 1997, no. 20919/92 (E.L., R.L. en J.O.-L v. Zwitserland)	97, 146
10 september 1997, no. 31717/96 (Keveling en Legerstee v. Nederland)	137
24 september 1997, no. 18996/91 (Garyfallou AEBE v. Griekenland)	94
16 december 1997, no. 15420/94 (Tejedor Garcia v. Spanje)	94
14 januari 1998, no. 34072/96 (Sjö v. Zweden)	68
26 februari 1998 no. 20323/92 (Pafitise a. v. Griekenland)	125
20 mei 1998, no. 29010/95 (Credit and Industrial Bank v. Tsjechië)	252
27 maart 1998, no. 21981/93 (K.D.B. v. Nederland)	108
27 maart 1998, no. 21351/93 (J.J. v. Nederland)	97, 108
2 september 1998, no. 23807/94 (Erkalo v. Nederland)	153
23 september 1998, no. 24839/94 (Steel e.a. v. Verenigd Koninkrijk)	154
21 oktober 1998, no. 33298/96 (Pinnacle Meat Processors Company en 8 anderen v. Verenigd Koninkrijk)	225
21 oktober 1998, no. 28202/95 (Middelburg, Van der Zee en Het Parool v. Nederland)	18
26 januari 1999, no. 38087/97 (Hibbert v. Nederland)	19, 159
20 april 1999, no. 33099/96 (Hoerner Bank GmbH v. Duitsland)	225
15 juni 1999, no. 37607 (W.S. v. Polen)	149
22 juni 1999, no. 27693/95 (Çelikkilek v. Turkije)	19
28 juli 1999, no. 33440/96 (Ferrari v. Italië)	131
12 oktober 1999, no. 33274/96 (Foxley v. Verenigd Koninkrijk)	48, 54, 287, 297
28 oktober 1999, no. 28396/95 (Wille v. Liechtenstein)	285
8 december 1999, no. 28541/95 (Pellergrin v. Frankrijk)	107
5 januari 2000, no. 33202/96 (Beyeler v. Italië)	227
6 april 2000, no. 35382/97 (Comingersoll SA v. Portugal)	18, 19
20 juni 2000, no. 33274/96 (Foxley v. Verenigd Koninkrijk)	48, 54, 287, 297
27 juni 2000, no. 32842/96 (Nuutinen v. Finland)	293
27 juni 2000, no. 22277/93 (Ilhan v. Turkije)	18, 19
27 juni 2000, no. 35178/97 (Ankarcrona v. Zweden)	253, 257, 258
27 juni 2000, no. 30979/96 (Frydlender v. Frankrijk)	130

19 september 2000, no. 49020/99 (Santos Ltda en Fachadas v. Portugal)	255
21 september 2000, no. 33082/96 (Wojnowicz v. Polen)	129
26 september 2000, no. 37660/97 (Denimark Ltd. v. Verenigd Koninkrijk)	225
26 oktober 2000, no. 21156/93 (G. J. v. Luxemburg)	92, 129, 131, 257, 297
26 oktober 2000, no. 30210/96 (Kudla v. Polen)	126
16 januari 2001, no. 35730/97 (Offerhaus v. Nederland)	249
1 februari 2001, no. 55346/00 (Ayuntamiento v. Spanje)	20
6 maart 2001, no. 40907/98 (Dougoz v. Griekenland)	156
5 april 2001, no. 26899/95 (H.B. v. Zwitserland)	155
3 mei 2001, no. 31827/96 (J.B. v. Zwitserland)	215, 216
28 juni 2001, no. 24699/94 (Verein gegen Tierfabriken v. Zwitserland)	288
2 oktober 2001, no. 36022/97 (Hatton v. Verenigd Koninkrijk)	288
12 juli 2001, no. 44759/98 (Ferrazzini v. Italië)	86
16 oktober 2001, no. 37555/97 (O'Hara v. Verenigd Koninkrijk)	156
15 november 2001, no. 26760/95 (Werner v. Polen)	107, 139, 297
6 december 2001, no. 41727/98 (Yagtzilar e.a. v. Griekenland)	226
15 januari 2002, no. 44165/98 (Skobrol v. Polen)	69
7 februari 2002, no. 53176/99 (Mikulić v. Kroatië)	11
19 maart 2002, no. 40253/98 (Salomonson e.a. v. Nederland)	204, 209
16 april 2002, no. 37971/97 (Colas Est e.a. v. Frankrijk)	40, 41
29 april 2002, no. 2346/02 (Pretty v. Verenigd Koninkrijk)	23, 33
11 juli 2002, no. 28957/95 (Cristine Goodwin v. Verenigd Koninkrijk)	11
23 juli 2002 no. 36985/97 (Västberga Taxi Aktiebolag en Vulic v. Zweden)	86, 98
25 juli 2002, no. 48553/99 (Sovtransavto v. Ukraine)	256
10 september 2002, no. 7654/01 (Allen v. Verenigd Koninkrijk)	216
7 november 2002, no. 30417/96 (Olczak v. Polen)	249
8 april 2003, no. 43657/98 (Lévai en Nagy v. Hongarije)	128, 297
17 juli 2003, no. 32190/96 (Luordo/Italië)	49, 171, 197
17 juli 2003, no. 56298/00 (Bottaro v. Italië)	171
31 juli 2003, no. 16163/90 (Eugenia Michaelidou Development Ltd en Michael Tymvious v. Turkije)	49, 171, 297
16 september 2003, no. 38993/97 (Stockholms Försäkrings- Och Skadeståndsjuridirk AB v. Zweden)	112
21 oktober 2003, no. 29010/95 (Credit and Industrial Bank v. Tsjechië)	252

28 oktober 2003, no. 55320/98 (Baars v. Nederland)	160
6 november 2003, no. 52985/99 (S.C., V.P., F.C., M.C. en E.C. v. Italië)	128
12 februari 2004, no. 47287/99 (Perez v. Frankrijk)	184
1 april 2004 no. 50357/99 (Camberrow MM5 AD v. Bulgarije)	62, 252, 253, 254, 256
1 juni 2004, no. 45027/98 (Narinen v. Finland)	48
20 juli 2004 no. 46002/99 (Wrobel v. Polen)	129
20 juli 2004, no. 37598/97 (Bäck v. Finland)	17, 243, 244
28 september 2004, no. 62179/00 (Pieniążek v. Polen)	286
24 januari 2006, no. 75888/01 (Kreuz v. Polen) (no. 3)	128
23 mei 2006, no. 46343/99 (Reiner v. Bulgarije)	162
19 juni 2006, no. 22174/02 e.a. (Arsenić v. Slowakije)	128
18 juli 2006, no. 1125/02 (Ratajczyk v. Polen)	128
27 juli 2006, no. 69742/01 (Gubler v. Frankrijk)	85
31 oktober 2006, no. 41463/02 (Földes en Földesné Hajlik v. Hongarije)	170, 171
2 november 2006, no. 5129/03 (Sukobljević v. Kroatië)	297
14 november 2006, no. 54826/00 (Vozár v. Slowakije)	133, 297
12 december 2006, no. 65422/01 (Bobál v. Slowakije)	128
11 januari 2007, no. 1948/04 (Salah Sheekh v. Nederland)	296, 297
7 november 2008, no. 36391/02 (Salduz v. Turkije)	28
8 januari 2009, no. 15592/03 (Dudičová v. Slowakije)	129
20 januari 2009, no. 14902/04 (OAO Yukos v. Rusland)	115

Hoge Raad

HR 7 juni 1905, W. 8238	81
HR 3 juni 1910, W. 9017	33
HR 16 september 1921, NJ 1921, p. 1202	140, 167
HR 12 januari 1923, NJ 1923, p. 356	141
HR 28 februari 1924, NJ 1924, 501	109
HR 23 januari 1933, NJ 1933, p. 660	79
HR 22 juni 1931, NJ 1931, p. 1602	220
HR 27 maart 1953, NJ 1953, p. 275	242
HR 23 april 1954, NJ 1955, 3	230
HR 4 oktober 1957, NJ 1957, 626	160
HR 27 oktober 1959, NJ 1960, 73	88, 283, 289
HR 1 november 1963, NJ 1964, 150	118
HR 21 februari 1964, NJ 1964, 208	73
HR 24 januari 1967, NJ 1967, 272	54
HR 17 november 1972, NJ 1973, 133	27, 152, 169
HR 19 april 1974, NJ 1974, 345	90
HR 19 april 1974, NJ 1974, 440	90
HR 10 december 1974, NJ 1975, 178	41, 56

HR 25 juni 1976, NJ 1977, 495	148, 153, 163
HR 31 augustus 1976, NJ 1977, 173	120
HR 30 september 1976, NJ 1977, 585	33
HR 23 december 1976, NJ 1977, 618	148
HR 15 februari 1977, NJ 1990, 531	214
HR 10 april 1979, NJ 1979, 374	44
HR 26 juni 1979, NJ 1979, 567	220
HR 2 oktober 1979, NJ 1980, 243	220
HR 23 september 1980, NJ 1980, 116	193
HR 28 november 1980, NJ 1981, 123	182
HR 9 januari 1981, NJ 1981, 656	232, 236
HR 26 juni 1981, NJ 1982, 450 (Savelbergh)	12, 89, 91, 92, 93, 122, 124, 140
HR 27 november 1981, NJ 1983, 56	101
HR 11 december 1981, NJ 1983, 349	161
HR 22 juli 1982, NJ 1983, 59	101
HR 24 september 1982, NJ 1983, 243	123
HR 29 oktober 1982, NJ 1983, 196	101, 102
HR 29 oktober 1982, NJ 1983, 567	122
HR 26 november 1982, NJ 1983, 442	120
HR 14 januari 1983, NJ 1983, 597 (Peeters q.q./Gatzen)	259
HR 4 februari 1983, NJ 1983, 567	102
HR 23 september 1983, NJ 1984, 202	120
HR 4 november 1983, NJ 1984, 186	120
HR 18 november 1983, NJ 1984, 256	65
HR 2 december 1983, NJ 1984, 306	162, 183
HR 23 december 1983, NJ 1985, 170	13, 56, 154
HR 9 oktober 1984, NJ 1985, 176	214
HR 30 november 1984, NJ 1985, 376	13
HR 1 februari 1985, NJ 1985, 698 (Piscator)	72
HR 22 februari 1985, NJ 1986, 3	12, 13
HR 29 maart 1985, NJ 1986, 242	111
HR 10 mei 1985, NJ 1985, 791	78, 80
HR 10 mei 1985, NJ 1985, 792	77, 104
HR 10 mei 1985, NJ 1985, 793	75
HR 19 juni 1985, NJ 1986, 104	97
HR 28 juni 1985, NJ 1985, 870	121
HR 15 juli 1985, NJ 1985, 855	166
HR 1 oktober 1985, NJ 1986, 405	220
HR 1 oktober 1985, NJ 1986, 406	220
HR 15 november 1985, NJ 1986, 227	140
HR 18 februari 1986, NJ 1987, 62	12
HR 16 mei 1986, NJ 1986, 748	120
HR 23 mei 1986, NJ 1987, 702	54

HR 30 mei 1986, NJ 1986, 688	13
HR 14 oktober 1986, NJ 1988, 511	54
HR 12 december 1986, NJ 1988, 188 (Onco)	53
HR 23 december 1986, NJ 1987, 728	184
HR 9 januari 1987, NJ 1987, 928	54
HR 6 februari 1987, NJ 1988, 926 (Den Haag/Aral)	20
HR 27 maart 1987, NJ 1988, 130	100, 102
HR 5 juni 1987, NJ 1988, 702 (Goeree)	17, 54
HR 16 oktober 1987, NJ 1988, 850	41
HR 18 december 1987, NJ 1988, 844 (Garti)	53
HR 19 februari 1988 NJ 1988, 725 (Dombo Beheer)	60
HR 26 februari 1988, NJ 1989, 2	101
HR 8 maart 1988, NJ 1988, 795	220
HR 15 april 1988, NJ 1988, 752	126
HR 26 april 1988, NJ 1989, 390	214, 218
HR 13 mei 1988, NJ 1989, 889	296
HR 20 mei 1988, NJ 1989, 676	89, 90, 122, 140
HR 3 juni 1988, NJ 1989, 5	102
HR 15 juli 1988, NJ 1989, 31	83
HR 22 juli 1988, NJ 1988, 912 (Offermans/Lucassen)	4
HR 7 september 1988, BNB 1988, 298	219
HR 13 september 1988, NJ 1989, 454	220
HR 19 oktober 1988, NJ 1989, 479	213
HR 28 oktober 1988, NJ 1989, 765 (Harvest Trader)	72
HR 2 december 1988, NJ 1989, 301	124, 141
HR 13 januari 1989, NJ 1990, 211 (Gasus)	232
HR 7 april 1989, NJ 1989, 532	158
HR 3 mei 1989, BNB 1989, 256	97
HR 12 mei 1989, NJ 1989, 647	100, 102
HR 26 mei 1989, NJ 1990, 131	232, 237
HR 3 juli 1989, NJ 1989, 770 (Vlek q.q.)	107, 112, 120, 121, 137
HR 18 september 1989, NJ 1990, 531	
HR 3 oktober 1989, NJ 1990, 498	83
HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 286 (Blekamel)	263
HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 793	185
HR 13 oktober 1989, NJ 1990, 495	83
HR 17 november 1989, NJ 1990, 496	83
HR 15 december 1989, NJ 1990, 351	82
HR 2 februari 1990, RvdW 1990, 41 en 48, (Goeree)	54
HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466	204, 205, 208, 210
HR 17 januari 1990, BNB 1990, 193	62
HR 19 januari 1990, NJ 1991, 212	13, 165

HR 19 januari 1990, NJ 1991, 213	12, 92, 106, 111, 112
HR 24 januari 1990, BNB 1990, 287	97
HR 20 maart 1990, NJ 1991, 8	182
HR 29 juni 1990, NJ 1991, 337	100
HR 7 september 1990, NJ 1991, 52	153, 159, 198, 200
HR 30 november 1990, NJ 1992, 94	134, 137
HR 8 februari 1991, NJ 1992, 406	225
HR 23 mei 1991, NJ 1991, 692	36, 80, 135, 203
HR 29 juni 1991, NJ 1990, 337	125
HR 22 juli 1991, NJ 1991, 766	162
HR 20 september 1991, NJ 1992, 552 (Masson)	28
HR 1 november 1991, NJ 1992, 30	55
HR 8 november 1991, NJ 1992, 174 (Nimox/Van den End)	72, 256, 261
HR 22 november 1991, NJ 1992, 765	65, 66
HR 23 november 1991, NJ 1991, 184	212
HR 10 april 1992, NJ 1992, 445	101
HR 29 september 1992, NJ 1993, 58	139
HR 6 november 1992, NJ 1993, 26	107
HR 2 februari 1993, NJ 1993, 552	157, 158
HR 7 mei 1993, NJ 1995, 259	12
HR 1 juni 1993, NJ 1994, 52	131
HR 4 juni 1993, NJ 1993, 659	83, 118, 119
HR 23 juni 1993, BNB 1993, 271	101, 194
HR 26 oktober 1993, NJ 1994, 629	219
HR 18 februari 1994, NJ 1994, 754	104, 201
HR 18 februari 1994, NJ 1994, 742	100, 116
HR 15 april 1994, NJ 1994, 522 (Hardeveld q.q./ABN-AMRO Bank)	29, 106
HR 15 april 1994, NJ 1995, 640	29
HR 22 april 1994, NJ 1994, 560	43, 231, 235
HR 11 februari 1994, NJ 1994, 754	52, 105, 202, 213
HR 18 februari 1994, NJ 1994, 742	100, 104, 116, 201
HR 30 september 1994, NJ 1995, 626 (Kuijsters/Gaalman q.q.)	5
HR 11 November 1994, NJ 1995, 151	28, 152
HR 2 december 1994, NJ 1995, 288 (Poot/ABP)	245
HR 23 december 1994, NJ 1995, 512	159, 296
HR 23 december 1994, NJ 1996, 627	261

HR 23 december 1994, NJ 1996, 628 (notaris M/curatoren THB)	261
HR 20 januari 1995, NJ 1995, 273	166
HR 24 maart 1995, NJ 1998, 414	92,202
HR 7 april 1995, NJ 1997, 21	117, 118, 119
HR 21 april 1995, NJ 1995, 682	66
HR 16 juni 1995, NJ 1996, 553	43, 79, 139
HR 30 juni 1995, NJ 1995, 707	277
HR 22 september 1995, NJ 1997, 339	35, 87, 92
HR 1 december 1995, NJ 1996, 179	138
HR 30 januari 1996, NJ 1996, 288	12
HR 12 maart 1996, NJ 1996, 479	184
HR 26 april 1996, 372, NJ 1996, 728 (Rasti Rostelli)	16
HR 26 april 1996, NJ 1996, 609	65
HR 7 juni 1996, NJ 1996, 695	191
HR 29 november 1996, NJ 1997, 178 (Dohmen /Amersfoortse)	247
HR 29 april 1997, NJ 1997, 665	39
HR 2 mei 1997, NJ 1997, 662 (Kip-Sloetjes/Rabo Bank)	246
HR 13 mei 1997, NJ 1998, 152	214
HR 4 juni 1997, NJ 1997, 671; JOR 1997, 82	208
HR 25 juni 1997, BNB 1997, 275; VN 1997, 2625	96, 108, 195, 196
HR 5 september 1997, JOR 1997, 102 (Tulip Computers)	33
HR 30 september 1997, NJ 1988, 104	215
HR 14 oktober 1997, NJ 1998, 187	135
HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 68	118, 120
HR 12 december 1997, NJ 1998, 348 (Ventaz/FNV)	246
HR 30 maart 1998, NJ 1998, 554	178
HR 5 juni 1998, NJ 1998, 668	182
HR 26 juni 1998, NJ 1998, 745	231
HR 11 september 1998, NJ 1998, 829, JOR 1998, 172	93, 104, 140
HR 13 oktober 1998, NJ 1999, 498	182
HR 5 maart 1999, NJ 1999, 382	100
HR 16 april 1999, NJ 2001, 1	72
HR 19 mei 1999, NJ 1999, 670 en 671	204
HR 12 juni 1999, NJ 1999, 99	159
HR 12 november 1999, NJ 2000, 52; JOR 2000, 16	111, 112
HR 16 november 1999, NJ 2000, 335	135
HR 10 december 1999, NJ 2000, 11	184
HR 11 februari 2000, NJ 2000, 238; JOR 2000, 109	109
HR 25 februari 2000, NJ 2000, 310; LJN AA4938	55
HR 14 april 2000, NJ 2000, 713 (Kooren-Maritiem)	13, 227
HR 28 april 2000, NJ 2000, 430	13
HR 14 juni 2000, NJ 2001, 685 (Van de Mosselaar/Lagero)	247

HR 15 september 2000, NJ 2000, 642	106
HR 27 september 2000, JOR 2001, 217 (Gucci)	208
HR 3 oktober 2000, NJ 2000, 721	193
HR 20 oktober 2000, NJ 2001, 268	13
HR 13 oktober 2000, NJ 2000, 699 (Heino Krause)	247
HR 24 oktober 2000, NJ 2001, 6	196
HR 23 februari 2001, JOR 2001, 76	111, 112
HR 27 april 2001, LJV AB1339	35
HR 8 juni 2001, NJ 2001, 454	191
HR 15 juni 2001, JOR 2001, 172 (Chipshol e.a. /Coopers & Lybrand)	245, 247
HR 27 juni 2001, BNB 2002, 27	194
HR 13 juli 2001, NJ 2001, 525; JOR 2001, 221	89, 181
HR 26 oktober 2001, NJ 2002, 94	190
HR 30 oktober 2001, LJV ZD2514	178
HR 12 november 2001, LJV AB2794	135
HR 23 november 2001, NJ 2002, 95 (Mefigro, Wind q.q.)	182
HR 21 december 2001, NJ 2005, 96; JOR 2002, 38 (Sobi/Hurks)	32, 264
HR 21 december 2001, JOR 2002, 38	32
HR 21 december 2001, NJ 2005 (Lunderstädt/De Kok)	264
HR 11 januari 2002, NJ 2003, 311	66, 67
HR 18 januari 2002, NJ 2002, 146	118
HR 1 februari 2002, NJ 2002, 202	55, 204
HR 15 februari 2002, NJ 2002, 259; JOR 2002, 91	227, 241
HR 27 september 2002, JOR 2002, 82	208
HR 18 oktober 2002, NJ 2002, 612	193
HR 25 oktober 2002, NJ 2003, 171	117
HR 17 januari 2003, LJV AF0206	152, 164
HR 4 april 2003, JOR 2003, 134	205
HR 13 juni 2003, NJ 2003, 520	89
HR 27 juni 2003, NJ 2001, 494	
HR 27 juni 2003, LJV AF7683	107
HR 26 augustus 2003, NJ 2003, 693; LJV AI0369	118
HR 5 september 2003, JOR 2003, 289 (Von Bertleff/Aerts)	140
HR 28 november 2003, V-N 2003/63.17; JOR 2004, 30	198, 230, 231
HR 19 december 2003, NJ 2004, 293 (Mobell)	291, 293
HR 14 mei 2004, NJ 2004, 363	79
HR 18 juni 2004, LJV AO8556	132
HR 3 september 2004, LJV AP0973	118
HR 2 november 2004, LJV AP4229	183
HR 22 april 2005, LJV AT 4483, JOR 2005, 165	20, 80, 81
HR 10 juni 2005, NJ 2005, 372	81
HR 21 januari 2005, NJ 2005, 249 (HFTP /curatoren Jomed)	30, 31, 32, 33

HR 21 januari 2005, NJ 2005, 250 (HFTP /curatoren Jomed)	32
HR 17 september 2005, JOR 2006, 52	272, 273
HR 25 november 2005, NJ 2006, 518	120
HR 20 januari 2006, NJ 2006, 74, JOR 2006, 161	105, 138, 201, 203
HR 24 februari 2006, JOR 2006, 163	105, 138
HR 11 april 2006, LJNAV4087; NJ 2006, 264	184
HR 28 april 2006, NJ 2006, 503, (Huijzer/ Rabobank)	141
HR 2 juni 2006, LJN AV2661	82
HR 6 oktober 2006, JOR 2006, 282 (Nachio c.s. /curatoren KPNQwest)	80, 202
HR 6 oktober 2006, LJN AX8295; JOR 2006, 281 (ABN Amro/Arts)	81, 203
HR 3 november 2006, LJN AY8309	82
HR 24 november 2006, NJ 2007, 239	242
HR 23 januari 2007, LJN AZ3880	40
HR 16 februari 2007, JOR 2007, 112 (Tuin Beheer/Houthoff Buruma)	246, 247
HR 16 maart 2007, NJ 2007, 637	106
HR 23 maart 2007, LJN BA0575	32, 180
HR 20 april 2007, NJ 2007, 243	79
HR 2 november 2007, JOR 2007, 302 (Kessock / SFT Bank)	246
HR 30 november 2007, NJ 2008, 91	12
HR 21 december 2007, LJN BB9663	95
HR 18 april 2008, LJN BC5694	81
HR 6 juni 2008, LJN BC8099	105, 170
HR 6 juni 2008, LJN BD0683	170
HR 27 juni 2008, NJ 2008, 371	78
HR 2 september 2008, JOR 2008, 290 (Smith/De Jong)	243
HR 17 oktober 2008, NJ 2009, 92	237

Gerechtshof Amsterdam

Hof Amsterdam 5 maart 1936, NJ 1936, 654	67
Hof Amsterdam 2 februari 1982, NJ 1984, 139	152
Hof Amsterdam 17 november 1982, NJ 1984, 139	152
Hof Amsterdam 4 mei 1994, NJ 1994, 491	111
Hof Amsterdam 28 december 1995, JOR 1996, 36	29
Hof Amsterdam, 18 oktober 2001, LJN AE0816	176
Hof Amsterdam 15 januari 2004	32

Gerechtshof Arnhem

Hof Arnhem 17 juni 1925, NJ 1926, p. 118	73
Hof Arnhem 26 januari 1988, NJ 1988, 900	39

Hof Arnhem 3 februari 1987, NJ 1988, 269	162, 218
Hof Arnhem 4 februari 1992, NJ 1992, 755	151, 152
Hof Arnhem 28 februari 2000, LJN AA5889	197
Hof Arnhem 11 september 2007, JOR 2007, 316	34

Gerechtshof Den Bosch

Hof Den Bosch 16 april 1981, NJ 1981, 524	148
Hof Den Bosch 9 september 1981, NJ 1982, 131	152
Hof Den Bosch 8 maart 1994, KG 1994, 210	28
Hof Den Bosch 3 juli 2001, V-N 2001/48.17	230

Gerechtshof Den Haag

Hof Den Haag 9 maart 1993, VN 1 juli 1993, p. 1986	189
Hof Den Haag 29 maart 1984, NJ 1984, 400	13, 162
Hof Den Haag 12 september 1986, NJ 1988, 477	162
Hof Den Haag 14 november 1967, NJ 1969, 149	158
Hof Den Haag 22 oktober 1987, NJ 1988, 669	82
Hof Den Haag 19 mei 1992, NJ 1993, 436	259
Hof Den Haag 8 juni 1995, KG 1995, 311	161
Hof Den Haag 25 april 2000, JOR 2000, 179	111
Hof Den Haag 25 september 2007, JOR 2007, 287 (Hamm/ABN-AMRO)	32
Hof Den Haag 21 augustus 2008, JOR 2008, 289 (Transworld)	78

Gerechtshof Leeuwarden

Hof Leeuwarden 8 augustus 1990, NJ 1991, 445	260
Hof Leeuwarden 10 oktober 2008, NJF 2009, 150	90

Hof van Justitie voor de Europese Gemeenschap

Hof van Justitie EG 5 februari 1963, AAe 1963/64, 12, (Van Gent en Loos)	114
Hof van Justitie EG 14 mei 1974 Nold II v. Commissie, Jur 1974, 491	113
Hof van Justitie EG 26 juni 1980 National Panasonic (UK) v. Commissie NJ 1981, 425	41, 113, 123
Hof van Justitie EG 17 oktober 1989, NJ 1990, 571; SEW 1990, 381 (Dow Chemical)	41
Hof van Justitie EG 21 september 1989 (Hoechst AG)	41
Hof van Justitie EG 2 mei 2006, JOR 2006, 224 (Eurofood)	115 178

Gerecht in eerste aanleg v/d Ned. Antillen zp. Curaçao en St. Maarten

25 januari 2006, JOR 2006, 162	105, 138
24 februari 2006, JOR 2006, 163 en JOR 2006, 161	138

Gemeensch. Hof van Justitie v.d. Ned. Antillen en Aruba

9 december 2008, LJN BH6237	34, 237
-----------------------------	---------

Kantongerecht

Haarlem 18 april 1977, NJ 1977, 555	41
Den Bosch 31 juli 1990, NJ 1992, 95	134

Rechtbank

Rb. Arnhem 12 november 1913, W. 9554	201
Rb. Amsterdam, 16 oktober 1936, NJ 1936, p. 1061	108
Rb. Amsterdam 25 november 1949, NJ 1950, 320	163
Rb. Den Haag 19 november 1947, NJ 1948, 337	73
Rb. Den Bosch 21 maart 1960, NJ 1961, 80	158
Rb. Amsterdam 17 november 1982, NJ 1984, 139	152
Rb. Den Bosch 9 september 1981, NJ 1982, 131	27, 152
Rb. Amsterdam 17 november 1982, NJ 1984, 139	152
Rb. Den Bosch 26 oktober 1983, NJ 1984, 674	109
Rb. Amsterdam 2 februari 1982, NJ 1982, 525	27, 152
Rb. Den Bosch 26 oktober 1983, NJ 1984, 674	109
Rb. Roermond 8 maart 1984, NJ 1985, 348	152
Rb. Roermond 7 december 1989, NJ 1990, 648	165, 169
Rb. Amsterdam 16 mei 1988, KG 1988, 237	212
Rb. Den Haag 5 oktober 1989, KG 1989, 424	166
Rb. Rotterdam 2 januari 1990, NJ 1991, 758	161
Rb. Leeuwarden 8 februari 1990, NJ 1990, 522	24
Rb. Rotterdam 13 februari 1990, NJ 1990, 724	28
Rb. Amsterdam 12 februari 1991, NJ 1991, 488	41
Rb. Rotterdam 12 november 1992, NJ 1993, 464	35
Rb. Den Haag 6 juni 1993, NJ 1995, 205 (Tulip Computers)	33
Rb. Rotterdam 4 november 1994, JOR 1999, 38 (Vilé)	139, 289
Pres. Rb. Rotterdam 22 november 1994, KG 1994, 455	29
Rb. Rotterdam 18 mei 1995, KG 1995, 254	37
Rb. Amsterdam 5 oktober 1995, NJ 1995, 406	260
Rb. Amsterdam 6 december 1995, JOR 1996, 10	259, 262
Rb. Amsterdam 18 januari 1996, TvI 1996/4	260

Rb. Den Haag 18 september 1996, JOR 1996, 106 (Dombo Beheer)	84, 106
Rb. Den Haag 27 november 1996, JOR 1997, 22 (Infotheek)	82
Rb. Amsterdam 9 december 1997, JOR 1998, 7	208
Pres. Rb. Utrecht 27 mei 1999, JOR 1999, 272	29
Rb. Utrecht 12 september 2006, JOR 2006, 280	29
Rb. Breda 31 juli 2008, JOR 2008, 254	29
Rb. Amsterdam 4 juli 2002, JOR 2002, 142 (Befra/AFM)	29
Rb. Dordrecht 6 februari 2002, JOR 2002, 36	32
Rb. Dordrecht 22 november 2002, NJ 2003, 32	242
Rb. Amsterdam 21 februari 2002, JOR 2002, 107	55
Rb. Rotterdam 21 november 2005, JOR 2006, 15	70
Rb. Alkmaar 25 augustus 2004, LJN AQ7508	185
Rb. Haarlem 23 februari 2006, LJN AV4836	163
Rb. Rotterdam 2 juni 2006, LJN AX6784	220
Rb. Almelo 18 oktober 2006, JOR 2007, 56	34
Rb. Utrecht 12 september 2006, JOR 2006, 280	29
Rb. Middelburg 27 oktober 2006, Journaal IF&Z 2006/402	169
Rb. Haarlem 15 januari 2007, LJN AZ6187 (Curatoren KPN Qwest/Citibank en Cargill)	31
Rb. Den Bosch 2 mei 2007, LJN BA 5374	176
Rb. Den Bosch 1 augustus 2007, NJ 2008, 632	170
Rb. Roermond 28 februari 2007, LJN BA0499	112
Rb. Breda 31 juli 2008, JOR 2008, 254	29
Rb. Amsterdam 31 oktober 2007, JOR 2008, 56 (Yukos Finance)	115
Rb. Rotterdam 7 oktober 2008, LJN BF7336	289

Afdeling Bestuursrecht Raad van State

ABRvS 9 juni 1994, AB 1995, 238	36
ABRvS 17 april 2002, LJN AE1625	176
ABRvS 9 mei 2007, TvI 2007, 34, p. 175	95

Ondernemingskamer

	202
23 april 1998, JOR 1998, 92	205
2 november 1995, JOR 1996, p. 26	208
12 november 1998, JOR 1999, 129	205
18 maart 1976, NJ 1978, 317	206
8 maart 2001, JOR 2001, 55 (Gucci)	209
28 juni 2001, JOR 2001, 148 (De Vries Robbé)	208
28 december 2006, JOR 2006, 67	209

Centrale Raad van Beroep

12 april 2001, LJN AB1661	197
21 maart 2002, AB 2002, 280, RSV 2002, 146 en USZ 2002, 142	197
18 maart 2004, LJN AO6433	197
22 juli 2004, LJN AQ5508	197
29 juli 2004, LJN AQ5954	197
9 december 2004, LJN AR8116	196

Diverse

Irish High Court 23 maart 2004, JOR 2004, 211	114
ICJ 5 februari 1979, the Barcelona Transaction, Light & Power Co. Ltd. (België v. Spanje)	247

